

THÈSE DE
PARIS.
1884.
N^o. 49.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU PACTE COMMISSOIRE
DANS LA VENTE
EN DROIT ROMAIN

DE LA CONSTITUTION
DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE
SUR LES IMMEUBLES
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Lucien GÉRARD

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1884

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU PACTE COMMISSOIRE
DANS LA VENTE
EN DROIT ROMAIN

DE LA CONSTITUTION
DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE
SUR LES IMMEUBLES
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Mardi 24 Juin 1884, à huit heures*

PAR

Lucien GÉRARD

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PRÉSIDENT : M. LYON-CAEN

SUFFRAGANTS

MM. VUATRIN
DEMANTE
ALGLAVE
RIPERT

} PROFESSEURS

} AGRÉGÉS

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1884



MEIS ET AMICIS

DU PACTE COMMISSOIRE

DANS LA VENTE

EN DROIT ROMAIN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION.



La vente est un contrat par lequel une personne s'oblige à procurer la possession utile et durable d'une chose, toute l'utilité d'une chose ou d'un droit, à une personne qui s'oblige à donner des pièces de monnaie formant le prix. Il y a donc des obligations réciproques dans la vente.

L'utilité de la vente est incontestable et n'a jamais été niée, indispensable aux rapports entre les hommes et les peuples, elle les développe et a pour effet d'exciter sans cesse l'activité humaine, aussi la rencontre-t-on aussi loin qu'il est possible de remonter dans l'histoire du Droit romain. A l'origine cependant, elle a pris naissance sous la forme de l'échange dont elle s'est détachée plus tard. Le jurisconsulte Paul, dans la loi première au Digeste¹ indique comment cette séparation s'est opérée;

¹ Liv. XVIII, tit. iv, *De contra henda emptione*.

les hommes ont commencé par faire entre eux des échanges, des trocs selon que chacun avait en excès ce dont d'autres avaient besoin; à cette époque la monnaie était inconnue et on ne distinguait pas le prix et la marchandise : « neque aliud merx aliud pretium vocabatur, » dit Paul dans cette loi.

Mais, les échanges augmentant avec les rapports des hommes entre eux, et étant souvent difficiles à conclure, vu l'inégalité de la valeur des choses, les hommes furent conduits à inventer la monnaie, en choisissant une substance rare qui présentait une grande valeur sous un petit volume et était une matière inaltérable, susceptible de subdivision.

L'invention de la monnaie a décomposé l'échange en deux opérations, de sorte que le troc s'est fait alors en deux ventes. C'est l'emploi de la monnaie qui distingua la vente de l'échange.

Cette monnaie, à l'origine, ne prenait de valeur que par le poids, il en était ainsi dans la vente *per æs et libram*, dans laquelle la monnaie était pesée et non comptée, et dont les formalités se sont conservées longtemps après l'introduction de la frappe ou impression, sur les pièces, d'une effigie, considérée comme une garantie suffisante de la valeur indiquée; de ce jour les pièces ont pu être comptées au lieu d'être pesées. Mais il faut bien remarquer que la monnaie n'est qu'une marchandise susceptible comme les autres d'augmentation ou de diminution de valeur et que l'empreinte publique n'a jamais fait qu'en garantir la composition et la quantité.

La vente était appelée « *emptio-venditio*, » nom double pour désigner un contrat unique, ce qui s'explique, parce que la vente est un acte complexe et qu'à une certaine

époque du droit, la stipulation étant presque la seule manière de contracter, tout contrat était alors unilatéral; quand les parties voulaient faire l'équivalent de ce qui plus tard fut appelé vente, elles faisaient deux stipulations l'*emptio*, qui réalisait les obligations du vendeur envers l'acheteur; la *venditio*, qui réalisait les obligations de l'acheteur envers le vendeur; plus tard ces deux opérations ont pris le nom unique de vente, on a réuni les deux mots pour désigner cet acte complexe appelé dès lors *emptio-venditio*.

Le but que nous nous proposons ici, n'est pas d'étudier le contrat de vente dans son ensemble, mais seulement d'examiner comment le vendeur trouvait dans la *lex commissoria* une garantie lui assurant le paiement du prix de vente. Cependant avant de passer à l'étude de cette *lex* nous croyons utile de dire quelques mots des différentes garanties données dans ce but au vendeur.

Ces garanties étaient légales ou conventionnelles, et pour leur application il fallait distinguer entre les ventes sans terme et celles dans lesquelles le vendeur avait accordé terme à l'acheteur pour le paiement du prix de vente.

Dans les ventes sans terme, les garanties légales étaient : le droit de rétention; — le droit de revendication; — l'action publicienne; — et même un privilège d'après certains auteurs. Les garanties conventionnelles pouvaient résulter : de la convention de louage; — de la clause de précaire.

Dans les ventes à terme il n'y avait pas de garanties légales; les garanties conventionnelles résultaient du pacte d'hypothèque, — du contrat de gage, — du *pactum reservat domini* — du précaire — et du louage.

Quant à la *lex commissoria*, nous verrons que si elle

était le plus habituellement insérée dans les ventes à terme, elle pouvait également être ajoutée aux ventes pures et simples.

Avant d'arriver à la *lex commissoria*, nous croyons bon de reprendre l'énumération de ces différentes garanties, et de dire quelques mots sur chacune d'elles.

Le droit de rétention permettait au vendeur de garder la chose vendue tant que l'acheteur n'avait pas payé son prix. Ce droit ne lui était donné qu'autant qu'il n'avait pas accordé à l'acheteur un terme pour le paiement de son prix, ou qu'il n'en avait pas reçu de garanties de paiement; ce droit restait au vendeur jusqu'à parfait paiement¹. Suivant cette même loi, le vendeur retenait sa chose comme une sorte de gage, « *venditor enim, quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit,* » dit en effet Ulpien dans cette loi.

L'exercice de ce droit était subordonné à la possession de la chose et était perdu pour le vendeur, quand il s'était volontairement dessaisi de l'objet vendu. Mais si la chose lui avait été enlevée sans son consentement par l'acheteur, il pouvait rentrer en possession au moyen des interdits et l'acheteur pouvait même être tenu par l'action *furti*; «... *plane si antequam pecuniam solveret (emptor) rem subtraheret : furti actione teneri perinde ac si pignus subtraxisset* ».

Ce droit, comme l'hypothèque, est indivisible; il s'exerce pour le tout, tant que le prix n'est pas entièrement payé².

¹ Loi 13, § 8, *De act. empt.*, D., liv. XIX, tit. 1.

² Loi 14, § 1, D., *De furtis*, liv. XLVII, tit. II.

³ Loi 13, § 8, *De act. empt.*, D., liv. XIX, tit. 1, et loi 22, *De hered. vel. act. vend.*, D., liv. XVIII, tit. IV.

Si l'acheteur, invoquant le contrat de vente, qui est parfait dès que les parties sont convenues de la chose et du prix, réclame la tradition de la chose, au moyen de l'action *empti*, le vendeur pourra, tant qu'il n'aura pas été intégralement payé, repousser cette demande par l'exception *doli mali*, parce que le contrat n'a pas été exécuté par le demandeur¹.

Le grand avantage du droit de rétention consiste en ce que le vendeur n'a qu'à se tenir tranquille et à attendre l'acheteur; de plus, grâce à ce droit, la chose n'est pas exposée à être détériorée par le fait de l'acheteur.

Revendication. — En Droit romain, la simple convention ne suffisait pas, comme dans notre Droit civil (art. 1138), pour transférer la propriété. Le contrat de vente était simplement productif d'obligations, tant que le vendeur n'avait pas livré la chose vendue, il en restait propriétaire. Une faveur spéciale lui était même faite sur ce point, le législateur interprétant la volonté du vendeur, exigeait, non-seulement qu'il eût livré à l'acheteur la chose vendue, mais en outre que l'acheteur eût payé son prix, pour qu'il y eût une *justa causa traditionis*, sans laquelle ce dernier ne pouvait pas devenir propriétaire. Jusqu'à ce moment, le vendeur, outre l'action personnelle *venditi*, par laquelle il pouvait agir contre l'acheteur pour arriver à l'exécution du contrat, conservait l'action en revendication.

L'avantage de cette action consiste en ce qu'elle permettait au vendeur de rentrer dans la possession de sa chose, sans avoir à subir le concours des autres créanciers de l'acheteur insolvable, et qu'elle lui donnait un droit de

¹ Loi 1, § 1, D., *De doli mali et metus exceptione*, liv. XLIV, tit. iv.

suite, grâce auquel il pouvait saisir l'objet vendu entre les mains de tout tiers détenteur; enfin, grâce à la conservation de son droit de propriété, il n'était pas tenu de respecter les droits conférés sur sa chose par l'acheteur depuis la conclusion de la vente, tandis qu'il pouvait, même après la tradition, conférer valablement des droits sur cette chose, tant qu'il n'avait pas été payé du prix.

Cependant, la question de savoir si le vendeur pouvait alors rentrer dans la possession de sa chose par la force et malgré le refus de l'acheteur, a été et est encore aujourd'hui l'objet des plus vives controverses.

Il semble bien que, l'exécution avait lieu sur la chose même, à l'époque de la procédure des actions de la loi¹. Mais, sous le système de la procédure formulaire, une sérieuse raison de douter vient de la règle d'après laquelle toute condamnation devait alors être pécuniaire. Le préteur remédia à cet inconvénient par l'introduction dans la formule de l'*arbitrium*, par lequel le juge avait pouvoir d'ordonner au défendeur de restituer la chose s'il voulait être absous, le menaçant d'une condamnation pécuniaire, dont le montant serait fixé par le demandeur, s'il refusait de s'exécuter. Quand le défendeur obéissait à l'ordre du juge, il n'y avait pas de difficulté, mais pouvait-il, par son refus, conserver la chose, sauf à être condamné à payer une somme très élevée?

De nombreux commentateurs ont soutenu ce système et parmi les plus célèbres M. de Savigny. Le vendeur d'après eux ne pouvait donc obtenir qu'une condamnation pécuniaire au cas de mauvais vouloir de l'acheteur, à cela

¹ Gaius, C. IV, § 16 et § 48; loi 17, C., *De fidei libert.*, liv. VII, tit. IV.

se bornait l'effet de la revendication qui avait alors pour résultat de transférer à l'acheteur la propriété restée au vendeur, en échange d'une créance qui, malgré son montant fort élevé, pouvait n'être d'aucune utilité pour le vendeur, simple créancier chirographaire, au cas d'insolvabilité de l'acheteur.

Ce résultat nous semble inadmissible, on arrive ainsi à ôter à la revendication toute l'utilité en vue de laquelle cette action semblerait avoir été créée; il faut donc, pour donner à cette action sa portée, prouver que le défendeur pouvait être forcé *manu militari*, de restituer au vendeur la chose qu'il avait en sa possession. C'est ce que de nombreux commentateurs ont soutenu et ce qui semble d'ailleurs bien établi par les textes.

Mais notons, avant d'aborder cette controverse, que la question ne se pose que lorsqu'il s'agit de lever un obstacle de fait. Lorsque, au contraire, la restitution exige une manifestation de volonté de la part du défendeur, par exemple quand le défendeur a usucapé pendant le cours du procès, auquel cas il faudrait qu'il consentît à retransférer la propriété, il est certain qu'il ne pouvait être contraint *manu militari* à un pareil acte et que par suite le demandeur ne pouvait recouvrer sa chose. Il faut aussi remarquer que cette question n'est pas spéciale au cas de vente, mais qu'elle se pose également dans toutes les hypothèses où la revendication était donnée à un titre quelconque.

Pour soutenir que la condamnation pouvait être exécutée *manu militari* on peut citer la loi 9, *De rei vindic.*, D., liv. VI, tit. 1, dans laquelle Ulpien dit : « necesse habebit possessor *restituere*; » c'est dans le même sens que Paul dit dans la loi 58 (*cod. tit.*) : « *judicem cogere*

ut servum *traderet*. » Un texte plus décisif encore est celui d'Ulpien¹, ainsi conçu : « Qui restituere jussus, judici non paret, contendens se non posse restituere, si quidem habeat rem, *manu militari*, officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit. » Ce texte est donc formel, et si Ulpien parle des fruits comme faisant l'objet unique de la condamnation, c'est que la chose étant restituée en nature il n'y avait pas à son sujet de condamnation à prononcer.

Pour répondre à ce texte, on a prétendu que les mots *manu militari* avaient été ajoutés par Tribonien, fondant cette allégation sur ce que ce texte est le seul, au Digeste, qui parle de la *translatio possessionis manu militari officio judicis*, tandis que d'après plusieurs autres textes, le seul effet de la résistance du défendeur, est de faire prononcer une peine pécuniaire dont le montant est fixé discrétionnairement par le demandeur². Enfin, dit-on, on ne comprendrait pas que le demandeur pût fixer à un chiffre aussi élevé qu'il le voudrait, le montant de la condamnation pécuniaire, s'il pouvait directement se faire remettre en possession de la chose vendue, ce droit exorbitant lui est donné en compensation de la perte de cette chose.

Il faut répondre que l'interpolation de Tribonien est loin d'être prouvée, car le texte disant qu'il n'y a de condamnation que pour les fruits, c'est dire qu'il y a absolue pour le principal. Or, à l'époque de Tribonien, le système formulaire avait disparu pour faire place à la

¹ Loi 68, *De rei vindic.*

² Loi 16, § 3, D., *De pign. et hyp.*, liv. XX, tit. 1; — loi 73, D., *De Fidej.*, liv. XLVI, tit. 1; — et Gaius, C. IV, § 163.

procédure extraordinaire et l'idée d'une absolution, relativement à un objet sur lequel a eu lieu l'exécution forcée, est étrangère à cette procédure où le *jussus* se confond avec la *condemnatio* et ne peut se concevoir que sous le système formulaire. Il faut ajouter que les mots *manu militari* ne sauraient être attribués à Tribonien, car, au temps de Justinien, il était défendu de faire intervenir la force armée dans les affaires privées, cela résulte d'une constitution de Valentinien, Théodore et Arcadius¹.

Quant aux textes qui parlent du moyen donné au demandeur de faire prononcer une condamnation pécuniaire contre le défendeur, ils peuvent facilement se concilier avec la loi 68, *De rei vindic.*, et ne prouvent qu'une chose, c'est que le revendiquant pouvait à son choix obtenir une condamnation pécuniaire ou la restitution même de la chose.

Enfin, à l'objection tirée de ce que, le chiffre de la condamnation peut être aussi élevé que le voudra le demandeur, et qu'on ne comprendrait pas l'existence d'un droit aussi exorbitant en sa faveur s'il pouvait arriver directement à recouvrer sa chose, il faut répondre que le montant de cette somme était limité par le *juramentum in litem* par lequel il s'engageait à ne pas réclamer plus qu'il ne lui était dû. D'ailleurs, cette faculté de fixer le montant de la condamnation, fût-elle illimitée, il ne faudrait pas dire qu'elle équivalait à une restitution de la chose *manu militari*, car, peu importe le montant de la condamnation si le défendeur est insolvable.

D'autres commentateurs, tout en admettant le texte

¹ Loi 1^{re}, C., *De officio militarium judicum*.

d'Ulpien (loi 68) comme authentique, ont prétendu y voir une simple disposition d'exception, leur système se base sur les mots « *contendens se non posse restituere.* » Cette loi, disent-ils, suppose que le défendeur nie mensongèrement qu'il puisse restituer, ce n'est donc qu'au cas de mensonge du défendeur que la *manus militaris* peut être employée, et cela s'explique parce que, pour constater que la chose est bien entre les mains du défendeur et montrer son mensonge, une perquisition a dû être faite par les agents de l'autorité; or, s'ils trouvent la chose, il est tout simple qu'ils la remettent au propriétaire.

Telle ne paraît cependant pas, d'après la rédaction générale de la loi, avoir été la pensée d'Ulpien; il suppose que le défendeur répond au demandeur qu'il n'a plus la chose, et il examine les résultats de cette réponse dans trois hypothèses où elle peut être faite : ou bien le défendeur ment; ou il s'est mis frauduleusement dans l'impossibilité de la restituer; ou bien c'est sans sa faute qu'il est dans l'impossibilité de la rendre. On conçoit facilement que dans les deux derniers cas, le défendeur ne puisse être condamné qu'à payer une somme d'argent, tandis que dans le premier, il est obligé de faire la restitution même de la chose, mais s'il en est ainsi, ce n'est pas parce que le défendeur a menti, mais seulement parce que, en fait, la restitution de la chose n'est possible que dans la première hypothèse.

Le vendeur pouvait donc reprendre la chose livrée, dans la vente sans terme, tant qu'il n'avait pas reçu le prix, mais il restait toujours tenu de l'action *empti* par laquelle l'acheteur pouvait, en offrant son prix, exiger l'exécution du contrat, la vente n'était donc pas résolue. Mais cette action en revendication n'était pas toujours

donnée au vendeur, car la vente pouvait constituer une *justa causa traditionis*, sans que le prix eût été payé, il en était ainsi toutes les fois que la vente avait été faite avec terme, ou que le vendeur avait reçu de l'acheteur une garantie spéciale, dont il était présumé s'être contenté, telle qu'un fidéjusseur, un gage ou une hypothèque, toutes les fois, en un mot, qu'il avait suivi la foi de l'acheteur.

Action Publicienne. — Pour pouvoir revendiquer, le vendeur devait prouver son droit de propriété, ce qui lui était quelquefois impossible, par exemple, lorsqu'il avait reçu la chose *a non domino*, ou lorsqu'il l'avait seulement *in bonis*, ne l'ayant pas possédée assez longtemps pour faire valoir l'usucapion.

Dans ces hypothèses, il n'y a pas de raison pour refuser la Publicienne au vendeur, mais il fallait que, comme toute autre personne voulant user de cette action, il réunît toutes les conditions nécessaires pour l'usucapion, sauf la durée; il devait donc avoir été de bonne foi et prouver qu'il possédait en vertu d'une *justa causa*, c'est-à-dire, d'une cause légitime d'acquisition telle qu'une vente ou une donation.

Cette simplicité de preuve faisait que souvent le propriétaire Quiritaire lui-même, préférait la publicienne à la revendication.

Le défendeur à la revendication ou à la publicienne, ici l'acheteur, pouvait opposer à l'une ou l'autre de ces deux actions l'exception *rei venditæ et traditæ* à laquelle le demandeur pouvait répondre victorieusement par une réplique de dol.

Priviège. — Il faut distinguer, en Droit romain, deux sortes de privilèges : le *privilegium inter personnales ac-*

*tion*es, simple droit de préférence opposable seulement aux créanciers chirographaires et l'hypothèque privilégiée qui était opposable, non-seulement aux créanciers chirographaires, mais même aux créanciers hypothécaires.

Le vendeur ne jouissait pas de l'hypothèque privilégiée, car les textes énumèrent limitativement ces hypothèques et aucun d'eux ne fait mention de la créance du vendeur¹. Cependant le fisc avait une hypothèque tacite sur les biens de ses débiteurs parmi lesquels pouvait se trouver un acheteur.

Mais la question présente plus de difficulté quant au *privilegium inter permales actiones*. Dans l'ancien Droit, Loyseau², Grenier parmi les auteurs modernes³, ont prétendu que ce droit existait en faveur du vendeur. A l'appui de cette opinion on invoque plusieurs nouvelles⁴ et la loi 34, D., *De rebus auct. jud. possid.*, liv. XLII, tit. v. Cette dernière loi est ainsi conçue. « Quod quis navis fabricandæ, vel emendæ, vel armandæ, vel instruendæ, causa, vel quoquo modo crediderit, *vel ob navem venditam petat*; habet privilegium post fiscum. »

On a prétendu qu'il résultait de cette loi que le vendeur de navire, avait au moins un *privilegium inter personales actiones*, et il faut reconnaître que la teneur même de cette loi rend cette prétention pour le moins vraisemblable. Mais rien n'indique qu'il faille étendre cette disposition à toutes les ventes; cette loi pose une règle applicable dans l'hypothèse de la vente d'un navire et on peut

¹ Lois 5 et 6, D., *Qui pot. in pign.*, et loi 12, C., *Qui pot. in pign. hab.*

² *Des offices*, liv. 3, ch. 8, nos 15, 16, 46, 67.

³ *Hypothèque*, II, § 183.

⁴ 53, ch. V; 97, ch. IV, et 136.

fort bien soutenir qu'on ne doit pas l'étendre à d'autres cas que celui qu'elle a expressément prévu.

Quant aux nouvelles qu'on invoque, elles accordent une hypothèque tacite et privilégiée à celui qui a prêté de l'argent pour acheter un office, *ad militiam emendam*, c'est à tort qu'on a prétendu qu'elles voulaient parler du vendeur d'un office, on ne peut donc en rien les invoquer dans l'hypothèse qui nous occupe.

Enfin, il faut noter qu'Ulpien, dans la loi 5, § 18, *De trib. act.*, D., examinant quels sont les droits du vendeur au cas d'insolvabilité de l'acheteur, dit que le vendeur à terme doit être considéré comme simple créancier chirographaire, tandis que le vendeur au comptant qui n'a pas reçu son prix ou une sûreté quelconque peut revendiquer. Or, Ulpien, parlant ici des droits du vendeur, n'aurait pas manqué de mentionner le privilège s'il avait existé au profit de ce dernier.

Les garanties légales dont nous venons de parler ne suffisaient pas toujours pour protéger le vendeur. Malgré le droit de rétention qui lui était donné il restait toujours tenu envers l'acheteur par *l'action empti*, la vente subsistait et il était obligé de tenir la chose à la disposition de ce dernier. De plus, il pouvait se faire qu'il fût privé de la revendication et de la Publicienne, ce qui arrivait lorsqu'il n'était pas dans les conditions exigées pour l'exercice de ces actions. Il ne lui restait plus alors que l'action personnelle *venditi*. Pour remédier à ces inconvénients, le vendeur sans terme pouvait recourir à certaines garanties conventionnelles qui lui assuraient le paiement de son prix; telles étaient la clause de bail ou de louage, le précaire et la *lex commissoria*.

Par la clause de louage, on convenait que l'acheteur

ne détiendrait la chose vendue qu'à titre de locataire tant qu'il n'aurait pas payé son prix au vendeur. Il y avait là un louage d'une nature toute spéciale dans lequel l'acheteur seul était obligé, il ne tenait d'ailleurs qu'à l'acheteur de faire cesser son obligation en payant le prix, le louage prenait alors fin par confusion des qualités de locataire et de propriétaire sur la tête de l'acheteur¹.

Cette convention était avantageuse pour le vendeur, en ce qu'elle lui permettait de se dessaisir de la chose vendue et de se soustraire ainsi à l'obligation de veiller à sa conservation et qu'elle lui donnait en même temps un moyen rapide et simple de rentrer en possession par *l'action locati*, sans avoir à prouver son droit de propriété, mais seulement en établissant l'existence de la convention de bail. Mais *l'action locati*, n'étant pas arbitraire comme la revendication, ne pouvait pas aboutir à la restitution de la chose *etiam manu militari*.

L'acheteur, n'avait pas alors la possession de la chose vendue, il était plutôt *in possessione*², il n'avait donc pas l'exercice des interdits et devait appeler son vendeur pour le défendre quand il était troublé dans sa possession.

Par la convention de précaire, le vendeur se réservait de reprendre quand il lui plairait, la chose vendue à l'acheteur. La chose étant remise à l'acheteur, le vendeur était donc délivré de l'obligation de veiller à sa conservation, tout en conservant le droit de faire rentrer à son gré la chose en sa possession. Ce droit s'exerçait à l'origine par l'action en revendication ou la Publicienne, plus

¹ Loi 15 pr., D., *De reg., jur.*, liv. L, tit. xvn.

² Loi 10, § 1, D., *De acq. vel amit. poss.*, liv. XLI, tit. II, et loi 16 *De peric. ei commod. rei vend.*, liv. XVIII, tit. vi.

tard, le prêteur créa l'interdit *de precario*¹. Enfin, le précaire fut mis au nombre des contrats, et le concédant put agir par une action née *ex contractu* : l'action *præscriptis verbis*, d'après Ulpien²; une *condictio incerti*, suivant Pomponius³.

Le précaire était préférable au louage en ce que l'acheteur avait la possession juridique de la chose et pouvait se défendre lui-même au moyen des interdicts, sans avoir besoin de déranger le vendeur⁴; de plus, il permettait au vendeur de reprendre, à volonté, la possession de la chose à l'acheteur.

Dans les ventes avec terme pour le paiement du prix, le vendeur ne jouissait d'aucune garantie légale; simple créancier chirographaire de l'acheteur, au cas d'insolvabilité de ce dernier, il venait au marc le franc avec les autres créanciers; mais, il pouvait remédier à ce danger et s'assurer par la convention, certaines garanties pour le paiement de son prix.

Ces garanties conventionnelles sont : le gage, l'hypothèque, le *pactum reservati dominii*; le louage, le précaire et enfin la *lex commissoria*.

Le gage. — On convenait que le vendeur conserverait la chose vendue, en sa possession, à titre de gage, jusqu'à paiement du prix. L'usage de cette convention subsista même après l'introduction de l'hypothèque; le gage comme l'hypothèque donnait, il est vrai, au vendeur, le droit de faire vendre la chose à l'échéance, faute de paiement du prix, cependant il présentait cer-

¹ Loi 14, *De prec.*

² Loi. 2, § 2, *De prec.*, D., liv. XLIII, tit. xxvi.

³ Loi 19, § 2, *eod tit.*

⁴ Loi 4, § 1, *De prec.*

lains avantages sur l'hypothèque et on conçoit fort bien l'utilité de son emploi à côté de cette dernière. Il était, en effet, préférable en ce que le vendeur n'avait pas à craindre un créancier gagiste antérieur, attendu que le gage, contrat réel, ne se formait que par la remise de la chose au créancier. De plus, le créancier gagiste pouvait, au moyen des interdits, reprendre la possession de la chose, en quelques mains qu'elle se trouvât¹. Il n'avait donc pas à prouver sa propriété, ni même qu'il avait une *justa causa possessionis*, il lui suffisait de prouver qu'il avait la possession *ad interdicta*, c'est-à-dire qu'il ne possédait *nec vi nec clam nec precario ab adversario*. Enfin, ayant la chose en sa possession, le vendeur n'avait pas à craindre de diminution de valeur, provenant de détérioration résultant du fait de l'acheteur. On peut ajouter que, s'il n'avait pas stipulé d'intérêts, le vendeur, créancier gagiste, pouvait percevoir les fruits jusqu'à concurrence de l'intérêt légal².

L'hypothèque. — La convention d'hypothèque permettait au créancier, ici, au vendeur, de faire revendre la chose et de se payer sur le prix avant les créanciers de l'acheteur. Mais, ce droit de faire vendre l'objet hypothéqué n'appartenait qu'à l'*antiquior creditor*³ qui, lorsqu'il en usait, primait, sur le prix, tous les autres créanciers hypothécaires. Si donc les biens de l'acheteur étaient grevés d'une hypothèque générale portant sur ses biens présents et à venir, celui au profit de qui existait cette hypothèque pouvait, en exerçant son droit sur le bien vendu, c'est-à-dire en le faisant revendre

¹ Loi 13, § 1, *De public. in rem act.*, D., liv. VI, tit. II.

² Loi 8, D., *In quibus caus.*, liv. XX, tit. I.

³ Loi 8, *Qui pot. in pignor. hab.*, C., liv. VIII, tit. XVIII.

et en se faisant payer sur le prix, rendre illusoire le droit du vendeur. L'hypothèque étant occulte en Droit romain, il n'y avait aucun moyen de remédier à ce danger et on conçoit alors combien la convention de gage était utile et préférable à l'hypothèque au point de vue qui nous occupe.

Pactum reservati dominii. — Le vendeur pouvait insérer dans la vente à terme une clause en vertu de laquelle il se réservait la propriété de la chose jusqu'au paiement du prix. Sauf qu'il ne pouvait pas refuser à l'acheteur la délivrance de la chose vendue, le vendeur était alors dans la même situation que s'il n'avait pas accordé de terme à l'acheteur, il pouvait donc agir par la revendication ou par l'action publicienne.

Louage. — Cette convention avait une importance particulière dans les ventes avec terme, son but principal était alors de conserver au vendeur la propriété de la chose, tandis que dans les ventes sans terme, elle était surtout utile en ce qu'elle facilitait au vendeur la rentrée en la possession de la chose vendue.

Précaire. — Il faut faire relativement à l'utilité du précaire dans les ventes à terme, les mêmes observations que nous venons de faire relativement au louage; cette convention avait pour principal effet de maintenir la propriété sur la tête du vendeur.

Nous arrivons maintenant à la *lex commissoria* qui pouvait être insérée dans les ventes à terme comme dans les ventes sans terme, ainsi que nous nous efforçons de le démontrer au cours de cette étude.

CHAPITRE PREMIER.

Définition et caractères généraux de la **lex commissoria.**



La *lex commissoria* est une clause ajoutée à la vente, en vertu de laquelle il est convenu, entre le vendeur et l'acheteur, que la vente sera résolue, si le prix n'a pas été payé dans un délai déterminé. « Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum inemptus fieret, » dit Ulpien¹.

Il nous faut, d'abord, dire ce que signifiait cette expression *lex commissoria*. Les interprètes sont généralement d'accord pour reconnaître au mot *lex* le sens de convention, ou plutôt de pacte obligatoire par son adjonction à un contrat; ce mot *lex* a le même sens que le mot loi contenu dans notre article 1134 C. civil, disant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. « Lex dicitur² ut signi-

¹ Loi 4 pr., *De lege com.*, D., liv. XVIII, tit. III.

² Doneau, *De lege com.*, V, IX.

ficetur conventio et pactum adjectum emptioni. » Ce serait une grossière erreur, de ranger la *lex commissoria* parmi les lois votées par le peuple romain, dans ses comices, car, nous le répétons, le mot *lex* n'a ici d'autre sens que celui de *pactio*.

Quant au mot *commissoria*, son sens est beaucoup moins certain et a été l'objet de nombreuses controverses. Sans nous arrêter aux différentes interprétations qui ont été proposées par les commentateurs, nous dirons qu'il faut chercher le sens de cette expression dans la grande affinité qui existe entre la *lex commissoria* et la clause pénale. La résolution de la vente faute de paiement du prix, ressemble beaucoup, en effet, à une clause pénale, *committere* indique souvent, en Droit romain, une déchéance qui est encourue, c'est ainsi qu'on trouve dans les textes, l'expression, *pœna committitur*, dans le sens de la clause pénale est encourue, « *lex committitur*, » veut donc dire, la résolution est encourue et l'expression *lex commissoria* désigne une clause en vertu de laquelle, la vente sera résolue sous la condition d'un événement futur et incertain qui est le non-paiement du prix par l'acheteur. De toutes les clauses affectant la vente d'une condition résolutoire, celle-là seule portait le nom de *commissoria*, parce que, seule, elle opérait de plein droit (*se ipsam committebat*), tandis que les autres (*addictio in diem*, *pactum si displicuerit* et *de retrovendendo*) ne produisaient leur effet, n'étaient *commises*, pour se servir de l'expression même désignant ce pacte, qu'autant que le vendeur agissait par une mise en demeure ou autrement.

L'usage de la *lex commissoria* ne se rencontre guère que dans la vente; cependant, on peut affirmer que

cette clause n'était pas spéciale à la vente et qu'elle pouvait s'appliquer aux autres contrats synallagmatiques, car, aucun texte n'en limite l'application à ce contrat.

On trouve, s'appliquant au gage, une clause portant également le nom de *lex commissoria* : par cette convention, le créancier gagiste pouvait conserver, à titre de propriétaire, la chose qui lui avait été remise en gage, si son débiteur ne s'était pas libéré envers lui à l'échéance. Cette convention n'avait qu'une ressemblance éloignée avec la *lex commissoria* objet de notre étude, elle portait le même nom et avait également le caractère de peine encourue faute de paiement. Elle présentait de grands dangers, l'emprunteur, persuadé au moment de la réalisation du prêt, qu'il pourrait se libérer à l'échéance, et d'autre part pressé par le besoin d'argent, consentait, trop facilement, à conclure cette convention et à remettre un objet d'une valeur souvent bien supérieure à la somme prêtée; aussi, devant les nombreux abus auxquels elle avait donné lieu, cette clause fut prohibée par la loi 3, C., *De pactis pignorum*, liv. VIII, tit. xxv, ainsi conçue : « Quoniam inter alias captationes præcipue commissoriæ legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si, quis igitur tali contractu laboret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recuperare quod dederunt. »

Si le vendeur pouvait, grâce à la *lex commissoria*, obtenir la résolution de la vente faute de paiement du prix à l'échéance, il faut bien remarquer, cependant, qu'une convention expresse était nécessaire à cet effet

et que la résolution de la vente ne pouvait jamais résulter du seul fait du non-paiement du prix au terme convenu. La vente, contrat reconnu par le droit civil et sanctionné par les actions *empti* et *venditi*, ne donnait pas naissance à la *condictio ob rem dati re non secuta* ni à la *condictio ob pœnitentiam*, qui ne trouvaient leur application que dans les contrats innommés. C'est là une des différences principales entre la vente et l'échange; dans la vente, contrat consensuel, les obligations du vendeur et de l'acheteur naissaient par le seul fait de la conclusion du contrat, dès que la vente était parfaite, et le vendeur qui avait livré la chose sans en recevoir le prix ne pouvait pas agir par la *condictio ob rem dati re non secuta*, parce qu'on ne pouvait pas dire que son obligation avait été sans cause, car la cause de l'obligation du vendeur est l'obligation que l'acheteur contracte envers lui; mais ces obligations une fois nées étaient indépendantes et lorsque le vendeur exécutait ses obligations ce n'était pas pour obtenir l'exécution des obligations de l'acheteur, mais seulement dans le but de se libérer de celles dont il était tenu. Dans l'échange, au contraire, la cause de la translation, par l'une des parties, de la chose donnée en échange, était la translation, par l'autre, de la propriété de la chose qu'elle avait promise; si donc l'un des échangistes ayant transféré la propriété de la chose par lui promise, l'autre ne faisait pas de même, le premier pouvait agir par la *condictio* en disant *res non secuta est*.

Si le vendeur ne pouvait, par cela seul qu'il n'avait pas été payé, obtenir la résolution de la vente, il faut cependant remarquer que ce résultat arrivait quelquefois, en fait, à se produire, cela dans l'hypothèse spéciale

que voici : si le vendeur n'avait pas livré la chose vendue et était poursuivi par l'acheteur, réclamant la délivrance par l'action *empti*, alors qu'il n'avait pas payé le prix, le vendeur restant propriétaire jusqu'au paiement, repoussait alors la poursuite de l'acheteur par l'exception de dol. Grâce à cette poursuite imprudente de l'acheteur, le vendeur pouvait arriver à la résolution de la vente, en opposant à l'acheteur qui aurait agi une deuxième fois, même en offrant le prix, l'exception *rei in iudicium deductæ*, cela par application de la maxime *ne bis de cadem re sit actio*. Mais, il n'y a pas là une résolution proprement dite, le vendeur ne peut agir directement en résolution de la vente, il n'a qu'un moyen de défense et s'il veut intenter une action, ce ne peut être que pour arriver à l'exécution du contrat. Il faut d'ailleurs remarquer que cette hypothèse de résolution devait rarement se présenter en fait et que l'acheteur, tout au moins celui qui tenait au maintien de la vente, ne devait jamais poursuivre le vendeur par l'*actio empti*, alors qu'il ne l'avait pas payé, et s'exposer à perdre ainsi le bénéfice qu'il avait compté tirer du contrat de vente.

On a cependant quelquefois essayé de soutenir que le vendeur pouvait, indépendamment d'une clause spéciale, insérée au contrat de vente, obtenir la résolution de la vente parce qu'il n'avait pas été payé, à cet effet, on a invoqué une loi ainsi conçue : « Cum te fundum tuum certæ rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit tibi ea res non esse fraudi : quando non impleta promissi fide domini tui jus in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditur competens iudex fundum : cujus mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis, sine ulla ludificatione, sua auc-

toritate perficiet : præcipue cum et adversa pars receptis nummis suis, nulla passa videri possit injuriam ¹.

Mais, il est facile de voir, en lisant ce texte, que l'hypothèse qu'il prévoit n'est pas celle d'une vente, mais plutôt d'un contrat innommé *do ut des*, ou *do ut facias*; si, dit-il, une personne a transféré la propriété de son fonds dans un but déterminé, soit une dation, soit un fait de celui à qui la propriété était transférée, et si ce but n'est pas atteint, le *tradens* pourra se faire restituer le fonds par lui aliéné. Malgré le paiement du prix, ce texte décide qu'il n'y pas là une vente, mais plutôt un contrat innommé, c'est pour cela qu'il permet la résolution et c'est à dessein qu'il évite d'employer l'expression *vendere* quand il dit « Cum te fundum tuum certæ rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium *transtulisse* commemoras. » Il faut donc repousser d'une façon absolue la résolution *de plano* du contrat de vente, par le fait seul de l'inexécution des obligations de l'acheteur.

La *lex commissoria* n'étant ni de l'essence ni de la nature de la vente, et étant un simple pacte pouvant résulter de la convention, était régie par les règles relatives aux pactes adjoints. En Droit romain, les simples pactes, *nuda pacta*, ne donnaient pas naissance à une action, mais seulement à une exception², cependant, ajoutés à un contrat, ils pouvaient, dans certains cas, devenir obligatoires comme ce dernier.

Il fallait d'abord distinguer suivant que le pacte était ajouté à la vente *in continentio* ou *ex intervallo*. Ajouté *in*

¹ Loi 6, C., *De pact. int. empt. et vindit. comp.*, liv. IV, tit. LIV.

² Loi 7, § 4, *De pactis*, liv. II, tit. XIV, D.

continenti, c'est-à-dire au moment même de la conclusion du contrat principal, le pacte commissoire faisait partie du contrat de vente lui-même, il avait la même valeur et était protégé par les mêmes actions. Ajouté *ex intervallo*, c'est-à-dire après la conclusion du contrat principal, le pacte commissoire n'était valable que suivant certaines distinctions. Adjoint à la vente, contrat consensuel, formé par le seul consentement des parties et par suite, capable de se dissoudre de même, tant qu'il n'avait pas été exécuté, le pacte commissoire portant *circa substantialia venditionis* pouvait également être ajouté *ex intervallo* à la vente et avoir tout son effet à condition que l'on fût encore *rebus integris*, c'est-à-dire avant que la vente n'ait été exécutée. Mais les parties avaient besoin au moment de la conclusion de ce pacte, de la capacité nécessaire pour la vente; si donc elles avaient perdu cette capacité depuis le contrat de vente, la *lex commissoria* n'était plus possible.

Mais si le pacte commissoire avait été ajouté *ex intervallo*, *rebus non adhuc integris*, le contrat de vente ayant été exécuté et le simple consentement des parties n'étant plus suffisant pour le détruire, ce pacte ne pouvait plus donner lieu qu'à une exception. Cependant même dans cette hypothèse, ce pacte pouvait donner au profit du vendeur, force à une action, qui autrement aurait été paralysée par une exception opposée par l'acheteur. Il en était ainsi lorsque la vente ayant été faite avec terme au profit de l'acheteur et le vendeur ayant livré la chose, mais à titre précaire, le pacte commissoire avait ensuite été conclu, si l'on suppose alors que le débiteur laisse passer le terme sans payer et qu'au moment où le vendeur agit en revendication, il offre de payer le

prix et à l'action du vendeur répond par l'exception de dol, cette exception, qui, sans le pacte commissoire, pourrait être valablement opposée au vendeur, sera paralysée par la réplique *pacti conventi*.

Bien que les textes semblent prévoir un délai fixé dans la convention et passé lequel la *lex commissoria* était encourue, rien ne s'oppose cependant à ce que cette *lex* soit considérée comme ayant son effet en l'absence de tout terme fixé par la convention. Cette clause avait d'ailleurs son utilité, même dans les ventes sans terme, elle était préférable à la revendication donnée à l'acheteur non payé, en ce qu'elle libérait ce dernier des obligations nées de la vente. Pour soutenir que la fixation d'un terme n'était pas de l'essence de la *lex commissoria*, on a quelquefois cité la loi 23 *in fine*¹, il nous faut cependant reconnaître qu'un examen attentif de cette loi prouve qu'elle est étrangère à la question. Mais, si l'on ne trouve aucun texte en ce sens, on n'en trouve pas davantage en sens contraire; il n'y a donc aucune raison pour nier la validité d'une telle convention.

Si, comme tous les textes le supposent, le pacte commissoire constituait en général une condition résolutoire dans la vente, ne pouvait-il pas être également ajouté à ce contrat sous forme de condition suspensive? Telle est la question que se sont posée de nombreux commentateurs et qui a été l'objet de vives controverses entre eux et peut-être même entre les jurisconsultes romains.

Pour soutenir que la *lex commissoria* pouvait être ajoutée à un contrat de vente, non-seulement sous forme de condition résolutoire, mais aussi sous forme de con-

¹ *De oblig. et act.*, D., liv. XLIV, tit. VII.

dition suspensive, on a dit que rien ne s'opposait en théorie à ce qu'on pût concevoir une telle convention. Il faut ajouter qu'aucun texte ne prohibe formellement une telle clause et qu'on peut même citer des lois qui semblent bien la prévoir et la considérer comme permise. A cet effet, on a invoqué d'abord et principalement la loi 2, § 3¹ et quelquefois aussi la loi 38, § 2². Raisonnant par analogie, on a également invoqué la loi 2 pr., D., liv. XVIII, tit. II, qui, relativement à l'*in diem additio*, déclare que cette clause pouvait être ajoutée à la vente, sous forme de condition suspensive ou de condition résolutoire, et cela à la volonté des parties contractantes; on ne voit pas en effet pourquoi il n'aurait pas pu en être de même pour la *lex commissoria* qui a avec l'*in diem additio* tant de points de ressemblance. Sans nous arrêter plus longuement à cet argument d'analogie, nous allons passer de suite à ceux qu'on a voulu tirer des lois *Pro emptore* et *Ad legem Falcidiam*.

La loi 2, § 3, *Pro emptore*, s'exprime de la façon suivante : « Sabinus si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapiturum nisi persoluta pecunia... » Cette loi suppose donc une vente faite sous la condition que le prix serait payé dans un certain délai et elle dit que l'usucapion ne sera possible au profit de l'acheteur que du jour où il aura payé le prix. Or, en principe l'usucapion commence à courir du jour où la propriété se serait trouvée transférée si la tradition eût suffi pour en opérer le transfert; si donc le législateur décide ici que l'usucapion ne commencera à courir que du jour où le prix aura été payé, c'est que

¹ *Pro emptore*, D., liv. XLI, tit. IX.

² *Ad legem Falcidiam*, D., liv. XXXV, tit. II.

l'acheteur n'a pas été rendu propriétaire du jour de la vente, mais qu'il a seulement acquis la propriété de la chose sous la condition *suspensive* si le prix est payé. Sans doute, la *lex commissoria* n'impliquait pas nécessairement une condition suspensive, et c'est pourquoi Paul, dans la loi qui nous occupe, continue et reprend Sabinus pour avoir posé la règle d'une façon trop générale. Il faudra voir, dit-il, et distinguer suivant que cette clause est une condition ou une convention, si elle constitue une convention la vente est pure et simple, mais résoluble sous condition. « Sed videamus utrum conditio sit hoc an conventio; si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. » Mais Paul, en reprochant à Sabinus de décider, *d'une façon trop générale*, qu'il y a là une condition suspensive, admet par là même la possibilité d'une telle condition affectant la *lex commissoria*.

La loi 38, § 2, *Ad legem Falcidiam*, est moins probante que la précédente, et nombre d'auteurs, tout en admettant la possibilité de la *lex commissoria* agissant comme condition suspensive, renoncent à l'invoquer à l'appui de leur opinion, elle est ainsi conçue : « (Servus) Cujus ususfructus alienus est, in dominio proprietatis connumeratur : pignori dati in debitoris : *sub lege commissoria distracti*, item in diem addicti, *in venditoris*. » Cette loi, cherchant la composition du patrimoine du *de cujus*, pour le calcul de la Falcidie, dit que l'esclave vendu avec pacte commissoire doit compter dans le patrimoine du vendeur; c'est donc, a-t-on dit, qu'elle suppose que le vendeur en est resté propriétaire et que par conséquent le pacte commissoire peut suspendre les effets de la vente. Si en effet la vente avait été contractée sous condition résolutoire elle aurait, jusqu'à l'arrivée de la condition, produit tous les effets de la vente pure et simple, et jus-

qu'à ce moment c'est l'acheteur qui aurait été considéré comme propriétaire.

La généralité même de cette loi prouve bien qu'elle n'a pas eu pour but de trancher la question qui nous occupe ; elle dit, en effet, et cela sans distinguer, que l'esclave vendu avec pacte commissoire appartenait au vendeur, ce qui impliquerait que la *lex commissoria* avait toujours pour effet d'introduire une condition suspensive dans la vente ; or cela n'est assurément pas soutenable, car tous les textes supposent au contraire que la *lex commissoria* rend la propriété résoluble. De plus, la preuve que ce n'est pas l'effet suspensif du pacte commissoire qui fait que l'esclave compte dans le patrimoine du vendeur, se trouve dans la loi 38 elle-même, dont le *principium* est ainsi conçu : « Statu liber heredis non auget familiam, » c'est-à-dire que l'esclave affranchi sous condition suspensive ne compte pas dans les biens de l'hérédité ; or si c'était la condition suspensive qui avait pour effet de faire tomber l'esclave dans le patrimoine du vendeur, le *statu liber* devrait comme l'esclave vendu avec *lex commissoria* faire partie des biens de l'hérédité. Il faut donc chercher une autre explication de notre loi 38.

On a prétendu qu'elle n'était que l'application du principe « is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur ¹. » Si, a-t-on dit, l'esclave vendu avec pacte commissoire adjoint à la vente est compris parmi les biens du vendeur, c'est parce que le prix n'étant pas payé, le vendeur ou son ayant-cause, a une action qui lui permettra d'obtenir le prix ou l'esclave lui-même, suivant que la *lex commissoria* se réalisera ou non.

¹ Loi 15, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. xvii.

Cette manière d'envisager la loi 38 n'est peut-être pas la meilleure, et il nous semble préférable de l'expliquer de la manière suivante : pour le calcul de la Falcidie il fallait tenir compte des droits conditionnels, pour cela on pouvait faire une estimation de ces droits et dire, étant donné la condition résolutoire qui affecte la propriété de l'esclave, on l'évaluera à telle somme, et c'est l'héritier qui supportera les risques. Ou bien encore on pouvait supposer la condition réalisée ou défaillie et estimer le droit conditionnel à sa valeur nominale. Les héritiers et les légataires prenaient alors les uns envers les autres l'engagement garanti par des fidéjusseurs de se tenir compte réciproquement de ce qu'ils auraient reçu en trop. C'est ce qui explique que, supposant la condition réalisée, la loi 38 pr. regarde comme libre le *statu liber* et ne le fait pas entrer en ligne de compte dans les biens qui composent le patrimoine du défunt, mais, si la condition ne se réalisait pas et si par conséquent le *statu liber* restait esclave, l'héritier devait tenir compte aux légataires de cette plus-value dans le patrimoine du défunt, plus-value sur laquelle on n'avait pas compté pour le calcul de la Falcidie. Il faut donc conclure de cette explication de la loi 38, qu'elle n'a aucun rapport avec la question qui nous occupe et qu'il ne faut songer à l'invoquer ni dans un sens ni dans l'autre.

Voyons maintenant les arguments donnés pour soutenir que la *lex commissoria* constituait toujours une condition résolutoire.

On s'est fondé d'abord sur ce que tous les textes, donnant une formule de pacte commissoire, supposent que c'est une condition résolutoire, et qu'aucun d'eux ne donne une formule impliquant qu'elle peut quelquefois constituer une condition suspensive. La loi 1^{re}, *De lege commissoria*

s'exprime, dit-on, dans des termes suffisamment formels pour ne laisser aucun doute à cet égard, les voici : « Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emptio quam sub conditione contrahi videatur. » L'expression *magis est*, indique souvent une affirmation catégorique de la part du jurisconsulte et n'a pas simplement pour but d'indiquer que telle solution est préférable à telle autre. Et la loi 1^{re} n'aurait-elle pas cette portée, ajoutent les partisans de cette opinion, que la comparaison de cette loi avec la loi 2 pr., *De in diem additione*, suffirait pour fournir un argument sérieux en faveur de notre opinion et pour montrer que l'argument d'analogie qu'on a voulu tirer de cette loi 2 dans l'opinion inverse, manque absolument de portée. La loi 2 pr., *De in diem additione*, dit bien, il est vrai, ainsi que nous l'avons vu plus haut, que l'*in diem additio* peut, d'après l'intention des parties et les termes employés, affecter la vente d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire, mais Ulpien, dans cette loi, est loin de se montrer aussi affirmatif que dans la loi 1^{re}, *De lege commissoria*, laquelle, il faut bien le noter, est également de lui; voici d'ailleurs le texte de cette loi 2 pr., *De in diem ad.* « Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emptio questionis est? Et *mihi videtur verius interesse quid actum sit*, nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emptio quæ sub conditione resolvitur : sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio nisi melior conditio afferatur, erit emptio conditionalis. » Par les mots *et mihi videtur verius interesse quid actum sit*, Ulpien indique bien que, tout en donnant une solution de la question, il la regarde comme pouvant faire doute, comment admettre que le même ju-

risconsulte, relativement à la même question s'appliquant à la *lex commissoria* se soit exprimé de la façon catégorique que nous savons, dans la loi 1^{re} relative à cette *lex* et ait dit purement et simplement : « Il faut regarder la vente affectée du pacte commissoire comme contractée sous condition résolutoire ; s'il avait pensé qu'il fallait, de même que dans *l'addictio in diem*, rechercher les termes employés et l'intention des parties pour voir de quelle façon le pacte commissoire produisait son effet.

Quant à la loi 2, § 3, *Pro emptore*, qui semble bien impliquer que la *lex commissoria* pouvait agir comme condition suspensive, en admettant même qu'elle ait cette portée, elle ne constitue pas, prétend-on, un argument irréfutable, et on peut dire que c'est une disposition spéciale du jurisconsulte Paul, constituant une opinion isolée repoussée par tous les autres jurisconsultes.

Il n'est d'ailleurs pas vraisemblable, ajoute-t on, que Sabinus ait songé, en écrivant la solution rapportée par Paul dans la loi 3, *Pro emptore*, à faire allusion à la *lex commissoria* agissant comme condition suspensive, autrement il n'aurait pas manqué de dire que la solution qu'il donnait ne s'appliquait pas à la *lex commissoria*, condition résolutoire, mais seulement à la *lex commissoria*, condition suspensive et cela eût été d'autant plus nécessaire à dire que la *lex commissoria* résolutoire était de beaucoup la plus employée, si elle ne l'était pas seule. Sans doute, on pourrait dire que Sabinus, en donnant sa solution, ne prévoyait que la *lex commissoria* agissant comme condition suspensive, parce qu'il n'admettait pas de *lex commissoria* résolutoire, mais cela n'est assurément pas soutenable.

Quant à l'argument qu'on a voulu tirer de la loi 38, § 2, *Ad legem Falcidiam*, pour prouver que la *lex commissoria*

pouvait agir comme condition suspensive, il est facile aux adversaires de cette opinion de le réfuter, attendu que, ainsi que nous l'avons démontré, cette loi n'a aucun rapport avec la question qui nous occupe.

Un autre argument tiré du but même de la *lex commissoria*, a été donné pour prouver que ce pacte ne pouvait avoir d'autre effet que celui d'une condition résolutoire. Cette condition, a-t-on dit, était insérée dans la vente en faveur du vendeur, tous les textes l'envisagent comme une peine pour l'acheteur et comme un droit que s'est réservé le vendeur pour arriver plus sûrement au paiement de son prix. Si la *lex commissoria* pouvait être une simple condition suspensive de la vente, il dépendrait de l'acheteur seul d'empêcher le contrat de vente de produire son effet, pour cela il n'aurait qu'à laisser passer le délai fixé dans le contrat, sans payer son prix, ce qui serait contraire au but même que le vendeur s'est proposé d'atteindre en insérant le pacte commissoire dans la vente. On a même ajouté qu'une telle clause aurait pour effet de rendre nul le contrat de vente lui-même, l'acheteur étant alors obligé sous une condition purement potestative de sa part, à savoir le paiement du prix à l'échéance. Cet argument ne nous paraît pas fondé; ceux qui l'invoquent oublient en effet que nous sommes ici en présence d'une condition toute particulière, et qu'on ne peut pas dire que la *lex commissoria*, condition suspensive, constitue une condition purement potestative de la part de l'acheteur, attendu que la *lex* n'était encourue, ne produisait son effet qu'autant que le vendeur voulait bien l'invoquer. Le vendeur était toujours libre, même après l'arrivée du terme, de conclure au paiement, et, par suite, au maintien de la vente.

Après avoir examiné les arguments donnés à l'appui de chacune de ces deux opinions, nous croyons devoir con-

clure en faveur de la possibilité de la *lex commissoria* agissant comme condition suspensive, et cela par les raisons suivantes qui ne sont, sous une forme résumée, que la reproduction des arguments que nous avons déjà énoncés.

D'abord nous dirons qu'une telle opinion peut parfaitement se concevoir en théorie, et que, si aucun texte ne donne une formule de *lex commissoria* agissant comme condition suspensive, cela prouve simplement que cette clause était rarement usitée sous cette forme, mais que cela n'est pas suffisant pour en conclure qu'elle fut absolument prohibée.

De plus, la loi 2, § 3, *Pro emptore*, nous semble bien probante, et les tentatives d'explication que les adversaires de notre opinion ont voulu en donner, paraissent bien peu admissibles, surtout quand on voit Paul qui, trouvant l'opinion de Sabinus trop excessive, dit : « Il faut distinguer et voir si on a voulu faire de cette clause une condition suspensive, ou si, au contraire, on a voulu que la vente fût pure et simple, mais résoluble sous condition. » « Sed videamus utrum conditio sit hoc an conventio, si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. »

L'argument tiré du but de la *lex commissoria* ne nous paraît pas probant, et nous croyons l'avoir déjà réfuté ; nous pouvons d'ailleurs ajouter que, même en admettant que la *lex commissoria* suspensive soit moins favorable au vendeur que la *lex commissoria* résolutoire, cela ne saurait empêcher la validité d'une telle convention, car cette *lex* est imposée par le vendeur à l'acheteur, et s'il s'est contenté de la sûreté résultant pour lui de ce pacte agissant comme condition suspensive, il n'a pas le droit de se plaindre.

CHAPITRE II.

Conditions nécessaires à l'accomplissement de la **lex commissoria**.



Pour que le pacte commissoire produise son effet, il faut : 1° que le prix n'ait pas été entièrement payé par l'acheteur; 2° que le vendeur veuille invoquer ce pacte. Ces deux conditions feront l'objet de deux sections distinctes.

SECTION I.

Il faut que l'acheteur n'ait pas entièrement payé son prix.

Pour savoir le moment auquel on peut dire que l'acheteur n'a pas payé son prix et que la *lex commissoria* est encourue, il faut distinguer suivant que l'on a ou non fixé un délai pour l'accomplissement de la *lex*.

Notons d'abord que le terme fixé pour l'accomplissement de la *lex commissoria* peut être autre que celui qui a été fixé pour le paiement du prix et que l'on a même pu

indiquer une époque à partir de laquelle la *lex* serait encourue, sans qu'il y ait eu pour cela aucun délai de fixé pour le paiement du prix. Ajoutons que, si l'on s'était contenté de déterminer un délai pour le paiement du prix, à défaut d'autre convention, le même délai serait applicable à la *lex commissoria*. Ce n'est donc qu'au cas où aucun terme n'a été fixé pour le paiement et où rien n'a été dit dans la *lex* que l'on peut se demander à partir de quelle époque la condition est accomplie. Nous avons déjà dit précédemment que rien ne s'opposait à l'adjonction du pacte commissoire à une vente pure et simple, et nous avons signalé l'utilité qu'avait alors cette clause préférable à la revendication en ce qu'elle faisait cesser de la part de l'acheteur, envers le vendeur, les obligations résultant de la vente.

§ I. — *Un terme a été fixé pour l'accomplissement de la LEX.*

Si d'une façon quelconque un terme se trouve fixé pour l'accomplissement de la *lex*, dès que le délai est expiré sans que l'acheteur ait payé la totalité de son prix, la *lex* est encourue et il n'y a pas à distinguer suivant le plus ou moins d'importance de la portion du prix restant encore due¹. L'échéance du terme suffit pour entraîner la réalisation de la clause pénale sans qu'il soit besoin que le vendeur ait interpellé l'acheteur. Il faut appliquer ici la règle *dies interpellat pro homine* formulée par les commentateurs. Cette solution, qui a fini par prévaloir, avait cependant fait doute dans l'ancien droit, ainsi que nous

¹ Argument tiré de la loi 6, § 2, *De lege com.*, D., liv. XVIII, tit. III.

l'apprend Ulpien¹, ainsi conçue : « Marcellus, lib. XX, dubitat commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit? Et magis arbitrator offerre eum debere, si vult se legis commissoriæ potestate solvere. » Marcellus ne semblait donc pas partager l'opinion d'Ulpien. La question se posait non-seulement au sujet de la *lex commissoria*, mais aussi à propos de toutes les obligations avec clause pénale. Justinien², consacra d'une façon définitive l'opinion d'Ulpien. Non-seulement une sommation n'était pas nécessaire, mais on a été jusqu'à prétendre que faite après le délai fixé pour la résolution, elle aurait eu pour effet de priver le vendeur du bénéfice de la *lex commissoria* : le vendeur, a-t-on dit, en réclamant le prix, indique qu'il entend que la vente soit maintenue, et renonce par là même à en demander la résolution. A l'appui de cette opinion, on a invoqué la loi 7, *De lege com.*, D., ainsi conçue : « Post diem commissoriæ legi prestitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriæ renunciatum videtur nec variare, et ad hanc redire potest. »

Il nous semble cependant préférable de repousser cette manière de voir; d'une part, on peut remarquer que la loi 7 suppose que le vendeur demande en justice le paiement du prix : « *si venditor pretium petat*, » et qu'elle ne parle pas d'une simple sommation dont les effets ne sauraient être aussi graves que ceux d'une demande en justice. D'autre part, on peut dire qu'il ne faut pas étendre les présomptions de renonciation à des droits acquis et voir une renonciation à ces droits dans des actes qui ne

¹ Loi 4, § 4, *De lege com.*

² Loi 12 au Code, *De contr. et commit stip.*, liv. VIII, tit. xxxvii.

l'impliquent pas d'une façon absolue, lorsqu'aucun texte ne vient établir une telle présomption. Il serait bien étrange que le vendeur qui peut de suite demander la résolution et qui offre à son acheteur, en lui réclamant le prix, une dernière chance de s'y soustraire, puisse, par cet acte de générosité, perdre et la chose vendue et en fait, le droit au prix, son acheteur étant devenu insolvable.

§ II. — *Aucun terme n'a été fixé pour l'accomplissement de la LEX.*

Si aucun terme n'a été fixé pour le paiement du prix ou pour l'accomplissement de la *lex commissoria*, il faudra certainement, pour qu'elle soit encourue, que le débiteur ait été mis en demeure de payer¹.

Mais un point beaucoup moins certain, est celui de savoir dans quel délai le vendeur pourra s'adresser à l'acheteur et lui faire sommation de payer. A cet égard, les textes sont muets. On admet généralement que le vendeur devra laisser à l'acheteur un *modicum tempus* pour effectuer le paiement; on invoque à cet effet la loi 23 *in fine*², qui semble formelle sur ce point. Elle suppose qu'un arbitre, à la suite d'un compromis, ayant ordonné à l'une des parties de donner à l'autre une certaine somme d'argent, n'a pas fixé de terme pour le paiement et elle décide que le débiteur jouira alors d'un certain délai « *modicum spatium*. » Voici les termes de cette loi : « Adeo ut et illud servius recte existimaverit, si quando dies

¹ Loi 32 pr., D., *De usuris*, liv. XXII, tit. 1.

² D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII.

qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri. » Et le texte ajoute une disposition qui semble bien s'appliquer à la *lex commissoria*. « Hoc idem dicendum, et cum quid ea lege venierit, ut nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat. »

Mais il est plus difficile de dire d'une façon précise quelle sera l'étendue de ce *modicum tempus* : Voët a proposé d'appliquer ici la disposition de la loi 31, § 22¹ qui, relativement à la clause si *displicuerit*, agissant comme condition résolutoire, donne à l'acheteur un délai de soixante jours pour se décider; mais ce délai, qui se comprend très bien au cas de vente à l'essai, ne s'explique pas de même au cas de la *lex commissoria*, on ne peut pas ainsi limiter le droit du vendeur et étendre arbitrairement l'application de ce texte hors de l'hypothèse pour laquelle il a été écrit. Cela est d'autant moins admissible, que le *pactum displicentiæ* est inséré en faveur de l'acheteur, tandis que la *lex commissoria* l'est en faveur du vendeur et que le délai de soixante jours, dont parle cette loi 31, § 22, est un délai passé lequel l'acheteur ne pourra plus invoquer le pacte et non pas un délai à partir duquel il pourra agir.

La vérité est qu'il n'y a là qu'une question de fait et d'interprétation de la volonté des parties, dont l'examen sera laissé au juge en vertu des principes applicables dans les actions de bonne foi dont la vente fait partie, et dans lesquelles il y a une certaine latitude d'appréciation. « In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi,

¹ De ædilitio edicto, liv. XXI, tit. 1.

quantum actori restitui debeat¹. » Marcien en décide également ainsi², relativement à la mise en demeure. « Mora fieri intelligitur, si interpellatus opportuno loco non solverit : quod apud judicem examinabitur. »

Donc, en résumé, l'acheteur pourra se prévaloir de la *lex commissoria* du jour de l'arrivée du terme, s'il y en a un de fixé, et dans le cas contraire du jour de la mise en demeure de l'acheteur par une interpellation faite à une époque déterminée par le juge.

Mais on se demande si, dès le jour où le droit d'invoquer la *lex* s'est ouvert en sa faveur, le vendeur est obligé de faire connaître ses intentions à l'acheteur et si ce dernier peut encore payer son prix malgré la *mora* tant que le vendeur n'a pas usé du droit d'option que la loi lui confère.

La loi 23³ refuse, dans les termes qui suivent, le droit à celui qui a été mis en demeure de payer ce qu'il doit et d'éviter ainsi la peine résultant pour lui de cette *mora* : « de illo sane potest dubitari, si interpellatus ipse moram fecerit an quamvis pecuniam postea offerat nihilominus pœna committatur? Et hoc rectius dicitur. » Malgré les termes de cette loi qui semblent bien formels, on a prétendu que le vendeur devrait exercer immédiatement son droit et que malgré l'arrivée du terme, l'acheteur pouvait encore se soustraire à l'effet de la *lex commissoria* en offrant le prix de la vente au vendeur et cela tant que ce dernier n'avait pas manifesté l'intention de bénéficier de la clause de résolution. Pour le soutenir on a invoqué la

¹ *Inst.*, liv. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 30.

² Loi 32 pr., D., *De usuris*, liv. XXII, tit. 1.

³ D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII.

loi 4, § 2, D., *De lege commissoria*, ainsi conçue : « Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum scribit : *statim* atque commissaria lex est, statuere venditorem *debere* utrum commissariam velit exercere, an potius pretium petere? nec posse si commissariam elegit postea variare. » Des mots *statim* et *debere* on a conclu que le vendeur *devait de suite* faire connaître le parti qu'il comptait prendre et que si l'acheteur l'avait devancé par des ordres de paiement il perdrait le bénéfice de la *lex commissoria*. C'est, il nous semble, donner à ces mots une portée à laquelle le jurisconsulte n'a assurément pas songé. Cette loi veut simplement dire que le vendeur, dès que la *lex commissaria est*, a à opter entre deux partis et que son choix une fois fait est irrévocable.

On a proposé un tempérament à cette interprétation de la loi 4, on a dit que le vendeur aurait un certain temps, « *modicum tempus* » pour réfléchir, cela par application du texte suivant¹ : « Si sine die constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba edicti late pateant, alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti, non solvas. Sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur. » Mais l'application de cette loi ne saurait être étendue du pacte de constitut à notre matière, car on conçoit si peu un tel pacte sans qu'il y ait un terme de fixé pour le paiement du prix, qu'il y en avait un de sous-entendu par la loi quand on avait omis d'en parler, tandis que rien ne s'opposait rationnellement à ce que le pacte commissaire fût conclu sans fixation de délai. On peut d'ailleurs ajouter qu'il y a d'autant moins lieu d'étendre ce texte que le

¹ Loi 24, § 4, D., *De pec. constit.*, liv. XIII, tit. v.

délai qu'il indique paraît être le résultat d'une interpolation de Tribonien. En effet, un jurisconsulte de l'époque classique eût écrit « non minus decem *diebus* et non *dierum*. » Cet emploi du génitif indique bien un jurisconsulte qui, tout en écrivant son texte en latin, le rédigeait sous l'influence de la langue grecque dans laquelle l'ablatif n'était pas usité et était remplacé par le génitif.

Pour soutenir que l'acheteur pouvait encore payer après l'arrivée du terme fixé dans la *lex* on a également invoqué la loi suivante¹, dans laquelle on lit : « Stichus promissor post moram *offerendo purgat moram*; » et la loi 91, § 3, au même titre qui reproduit la même idée sous une autre forme : « Eum qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat *posse emendare* eam moram postea offerendo. » Ces textes ne sauraient s'appliquer à l'hypothèse qui nous occupe, car ils statuent pour le cas où il s'agit d'un débiteur de corps certain, et ils disent que ce débiteur en demeure de payer et supportant dès lors les risques pourra s'y soustraire en offrant la chose due. Mais ils ne sauraient s'appliquer au cas où l'on a ajouté à l'obligation une clause pénale ou à la vente une *lex commissoria* qui a une grande analogie avec elle. Le débiteur d'un corps certain est en faute lorsqu'il n'effectue pas la livraison à l'échéance, c'est pourquoi de ce jour, les risques de la chose sont à sa charge, cette faute est continue et dure jusqu'à ce qu'il remette la chose due. L'acheteur avec clause commissoire, au contraire, est en faute et encourt la clause pénale, non pas parce que et tant qu'il tarde à payer, mais parce qu'il a attendu jusqu'à l'ex-

¹ Loi 73, § 2, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. 1.

piration du terme fixé dans la convention sans exécuter son obligation, sa faute n'a existé que le jour de l'échéance et ce n'est pas parce qu'il est, mais parce qu'il a été en faute à cette époque qu'il encourt la *lex commissoria*. Il faut donc dire que dès que la *lex* est encourue, l'acheteur ne peut plus s'y soustraire en offrant le prix de la vente alors même que le vendeur n'aurait pas encore opté pour la résolution du contrat.

SECTION II.

Il faut que le vendeur veuille invoquer la *lex commissoria*.

Le vendeur est libre d'invoquer ou non le bénéfice de la *lex commissoria* : « Si venditor inemptum eum (fundum) esse velit, » dit la loi 2, *De lege com.* « Nam legem commissoriam quæ in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit : non etiam invitus, » ajoute la loi 3 au même titre. Le droit de demander la résolution a en effet été inséré dans la convention en faveur du vendeur, l'acheteur ne peut pas s'en prévaloir et il est de principe que celui en faveur de qui un droit existe, peut toujours renoncer à l'exercer. Il serait d'ailleurs inadmissible de voir ce droit, inséré dans la vente en faveur du vendeur, se retourner contre lui, entraîner la résolution du contrat contre son gré et à la volonté de l'acheteur qui, la vente étant devenue par suite des circonstances une mauvaise opération pour lui, pourrait à son caprice la maintenir ou la faire tomber en payant ou non le prix à l'échéance. Cette décision n'a rien de contraire avec le principe que la *lex* est encourue de plein droit par cela seul que le prix

n'a pas été payé en temps utile. Le droit de résolution est de suite acquis au vendeur, c'est seulement l'exercice de ce droit qui est en suspens et qui dépend de lui, cela s'explique et se comprend aussi bien qu'en matière de legs où il n'y a rien d'incompatible entre le transfert *ipso jure*, de la chose léguée, sur la tête du légataire et la faculté pour lui de répudier le legs.

Le vendeur est libre de choisir le parti qu'il préfère, mais son choix une fois fait est définitif¹ : « Nec posse, si commissorium elegit, postea variare. » Son choix peut être exprès ou tacite. Il résultera d'une action en réclamation du prix, d'une demande d'intérêts ou de l'acceptation d'une partie du prix; tous ces actes en effet impliquent de la part du vendeur qu'il entend considérer la vente comme valable et en réclamer l'exécution. C'est ainsi que la loi 7, D., *De lege com.*, indique un cas de renonciation tacite et consacre en même temps le principe que le vendeur ne peut revenir sur le parti qu'il a pris : « Post diem commissoriæ legis præstitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriæ renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest. » On a prétendu trouver dans les principes de la procédure formulaire la raison pour laquelle le vendeur ne peut revenir sur son choix et l'on a dit qu'il en était ainsi parce qu'on épuisait son droit en l'exerçant en justice. Il nous semble plus simple d'expliquer la loi 7 par l'idée d'une renonciation tacite.

¹ Loi 4, § 2, D., *De lege com.*

CHAPITRE III.

Inaccomplissement de la *lex commissoria*.



Il est évident que la *lex commissoria* ne sera pas encourue lorsque l'acheteur aura payé son prix au terme convenu, ou que le vendeur ne voudra pas en profiter. Mais il est possible que l'acheteur, n'ayant pas payé à temps, et le vendeur voulant invoquer la *lex commissoria*, ce dernier soit cependant déchu du bénéfice de cette clause. C'est ce qui arrivera lorsque le non-paiement ne pourra pas être reproché à l'acheteur et sera imputable à faute au vendeur. Le pacte commissoire est en effet inséré dans la vente pour assurer au vendeur le paiement du prix et non pour lui donner un moyen de faire résoudre le contrat selon son caprice en refusant de recevoir le prix. Il en sera ainsi non-seulement lorsque le vendeur aura sans raison refusé les offres de l'acheteur, mais aussi lorsque, par sa faute, ou simplement par son fait, il aura mis l'acheteur dans l'impossibilité de payer, par exemple si l'acheteur ne sait entre les mains de qui

opérer le versement, le vendeur étant absent et n'ayant pas laissé de mandataire : « Quod si non habet, cui offerat posse esse securum¹. » De même si, le vendeur étant mort, il ne se trouve personne pour le représenter : « Si post mortem creditoris nemo fuit cui solveretur pecunia, ejus temporis inculpatam esse moram constitit². »

L'inexécution des engagements du vendeur, alors même qu'elle ne causerait pas de tort à l'acheteur, sera une cause suffisante pour excuser le retard que ce dernier mettra dans le paiement, on en trouve la preuve dans la loi 10, § 1, *De rescindenda venditione*, qui prévoit l'hypothèse suivante : un acheteur d'immeuble craignant d'être inquiété par Numeria et Simpronia, convient avec le vendeur qu'il conservera une certaine partie du prix tant qu'il ne lui aura pas fourni un fidéjusseur pour le garantir contre ce danger ; plus tard il est convenu que si le prix n'est pas intégralement payé dans un certain délai, la vente sera résolue. Sur ces entrefaites, l'acheteur triomphe de l'un de ses adversaires et transige avec l'autre ; le fidéjusseur est donc désormais inutile, cependant Scœvola décide que la *lex commissoria* ne sera pas encourue par l'acheteur qui n'a pas payé intégralement à l'époque fixée, tant que le vendeur n'aura pas fourni la caution promise.

La *lex commissoria* ne serait pas davantage encourue par l'acheteur en retard pour le paiement, si un créancier du vendeur avait fait entre ses mains une saisie-arrêt³.

Dans toutes ces hypothèses l'acheteur doit être toujours

¹ Loi 4, § 4, D., *De lege com.*

² Loi 9, D., § 1, *in fine*, *De usuris*, liv. XXII, tit. 1.

³ Loi 8, *De lege com.*

prêt à payer, il est simplement à l'abri de la règle *dies interpellat pro homine*, il ne pourrait pas faire valoir l'empêchement que le vendeur aurait mis au paiement et justifier ainsi son retard le jour où ce dernier lui réclamerait le prix, sauf cependant si c'était par dol que le vendeur s'était soustrait au paiement afin de pouvoir actionner l'acheteur à un moment inopportun et lui faire ainsi encourir la *lex commissoria*¹. Le seul effet du mauvais vouloir du vendeur est donc de soustraire l'acheteur à l'accomplissement de la *lex* pour non-paiement du prix à l'échéance, mais il n'autorise pas, en général du moins, le retard que l'acheteur mettrait par la suite dans l'exécution de son obligation.

Mais l'acheteur n'ayant pu payer, par la faute du vendeur, peut-il se contenter d'offrir son prix, ou doit-il de plus le consigner pour ne pas encourir la *lex commissoria*? On l'a soutenu, raisonnant par analogie avec ce que décide la loi 7 au Code², en matière de pacte de réméré. D'après cette loi, si l'acheteur cherche à se soustraire à la restitution du prix pour garder la chose, le vendeur, pour conserver son droit, doit faire des offres suivies de consignation. Mais rien ne légitime l'application de cette loi à la *lex commissoria* dont les caractères sont bien différents de ceux du pacte *de retrovendendo*. Le réméré ne peut être exercé par le vendeur, qu'autant qu'il a remis le prix à l'acheteur, et au cas d'impossibilité, qu'autant qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour accomplir cette obligation, c'est-à-dire qu'autant qu'il a non-seulement offert le prix, mais l'a consigné. A la différence du ré-

¹ Loi 51, § 1, D., *De actionibus empti et venditi*, liv. XIX, tit. 1.

² *De pactis int. empt. et vendit.*, liv. IV, tit. LIV.

méré, qui est une simple convention, le pacte commissaire a un caractère pénal, son but est de dédommager le vendeur du préjudice que lui cause le retard de l'acheteur à payer son prix. Si donc le retard provient du fait du vendeur lui-même, il ne peut pas s'en plaindre et réclamer l'application de la peine. Il n'importe pas que l'acheteur ait ou non consigné son prix, il l'a offert à temps au vendeur qui n'avait pas le droit d'exiger quelque chose de plus. On s'explique d'ailleurs fort bien que le législateur se montre plus sévère pour le vendeur à réméré que pour l'acheteur avec *lex commissoria*. Dans le premier cas, en effet, il s'agit d'anéantir le contrat, tandis que dans le second, il s'agit de le valider, et il n'est pas étonnant que l'on se montre plus exigeant quand il s'agit de la résolution d'un contrat que lorsqu'il s'agit de le maintenir.

Plusieurs lois, que nous avons déjà citées, impliquent, du resté, d'une façon très nette, que la consignation n'était pas nécessaire. C'est ainsi que la loi 51, § 1, D., *De act. empt.*, décide que l'acheteur qui, par le fait du vendeur, ne peut pas payer, doit cependant se tenir toujours prêt à verser son prix. S'il en est ainsi, c'est donc que cet acheteur a dû conserver son prix, et s'il avait dû le consigner, cette disposition de la loi 51 ne se comprendrait plus. De même la loi 4, § 4, *De lege com.*, dit que si l'acheteur n'a pas trouvé à qui payer, il est en sûreté, « quod si non habet cui offerat, posse esse securum, » elle ne dit rien de plus et n'ajoute pas qu'il devra, pour être tranquille, consigner le prix, ce silence de la loi n'est-il pas concluant? La loi 8 est également conçue dans ce sens; voici l'hypothèse qu'elle prévoit : Un acheteur avec clause commissaire est prêt à payer à l'échéance, mais ne trouvant pas son vendeur, il fait constater par témoins qu'il

est prêt à faire la tradition des écus qu'il enferme dans un sac revêtu du sceau des témoins. Le lendemain, le fisc fait entre les mains de l'acheteur opposition au paiement des deniers. Le jurisconsulte déclare que la *lex commissoria* ne sera cependant pas encourue par l'acheteur, c'est donc qu'il lui a suffi, pour y échapper, d'offrir le prix sans le consigner, autrement on ne concevrait pas l'utilité de la saisie-arrêt opérée par le fisc, la consignation ayant pour effet de libérer le débiteur comme le paiement lui-même¹, cette saisie se trouverait être sans aucune utilité : « Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est. »

¹ Loi 9, C., *De solutione*, liv. VIII, tit. XLIII.

CHAPITRE IV.

Des effets de la *lex commissoria* ajoutée à la vente.



Pour voir quels étaient les effets de ce pacte adjoint au contrat de vente, il faut distinguer suivant que la condition produisait ou non son effet.

SECTION I.

Pendente et deficiente conditione.

Tant que la condition n'était pas accomplie et, si elle venait à faire défaut par suite du paiement à l'échéance, l'adjonction de ce pacte au contrat de vente n'en modifiait en rien les effets. La vente était pure et simple, sa résolution seule était conditionnelle : « *Magis est sub conditione resolvi emptio quam sub conditione contrahi videatur*¹.

¹ Loi 1, D., *De lege com.*

La *lex commissoria* pouvait être également, avons-nous dit, ajoutée à la vente sous forme de condition suspensive; dans ce cas, l'acheteur venant à payer son prix au terme convenu, la vente était considérée comme ayant été pure et simple dès l'origine; si, au contraire, le prix n'était pas payé au terme convenu, elle était considérée comme n'ayant jamais existé, à condition, toutefois, que le vendeur voulût invoquer la *lex commissoria*. Si donc une *res Mancipi* avait été vendue et qu'on eût transféré la possession sans employer un mode de transfert de la propriété propre aux *res Mancipi*, mais si l'on s'était contenté de la tradition, ou si la chose étant *nec Mancipi*, la tradition en avait été faite par le vendeur non propriétaire, l'acheteur ne pouvait pas usucaper *pro emptore* au cas où la *lex* fonctionnait comme condition suspensive, tandis qu'il le pouvait lorsque la *lex* fonctionnait comme condition résolutoire.

L'acheteur, la vente étant pure et simple, supportait les risques de la chose, il devait toujours l'intégralité du prix, que la chose eût été détériorée ou eût péri complètement par cas fortuit même avant la tradition.

L'acheteur avait droit aux fruits¹ et devait par contre supporter les charges².

Lorsque la vente avait été faite sans terme pour le paiement du prix, la tradition de la chose vendue sous condition résolutoire ne suffisait pas pour transférer la propriété de la chose à l'acheteur, car de même que dans la vente pure et simple elle ne constituait pas une *justa causa traditionis*. Il en était de même dans tous les cas

¹ Loi 5, *De lege com.*

² Loi 7, D., *De publicanis*, liv. XXXIX, tit. ix.

où le vendeur n'avait pas suivi la foi de l'acheteur, reste propriétaire la *lex commissoria* lui était cependant utile ainsi que nous l'avons déjà vu, en ce qu'elle lui permettait de se soustraire aux obligations nées de la vente.

L'acheteur, lorsqu'il était devenu propriétaire, pouvait aliéner, hypothéquer revendre, la chose vendue, sauf à voir le résultat de ces opérations annulé si plus tard la vente était résolue.

Donc, *pendente conditione*, le contrat produisait les effets d'une vente pure et simple. Si la condition ne s'accomplissait pas, la vente était considérée comme ayant été pure et simple *ab initio* et les obligations réciproques des parties délivrées de la condition résolutoire qui pesait sur elles. Mais au cas d'accomplissement de la condition résolutoire, la *lex* recevait alors son application, ce qui donnait lieu à de nombreuses difficultés qui feront l'objet de la section qui suit.

SECTION II.

Eveniente conditione.

L'acheteur ne payant pas son prix en temps utile et par suite le droit d'invoquer la *lex* s'ouvrant pour le vendeur, on se demande d'abord par quel moyen le vendeur fera valoir son droit et ensuite quels sont les droits et obligations que l'accomplissement de la *lex* fait naître entre les parties.

Nous ferons de ces questions l'objet de deux paragraphes distincts.

§ I. — *Actions données au vendeur pour arriver à l'exécution de la LEX COMMISSORIA accomplie.*

La condition résolutoire accomplie avait pour effet d'obliger les parties contractantes à se remettre mutuellement dans la position qu'elles auraient eue, si la vente n'avait pas été conclue; à cet effet, le vendeur avait certainement une action personnelle contre l'acheteur et de plus l'action en revendication, mais, quant à cette dernière, cette proposition a été l'objet de nombreuses controverses et nous verrons dans la suite qu'il faut distinguer suivant les époques pour savoir si on devait donner ou non cette action au vendeur.

Examinons d'abord l'action personnelle et voyons quel était son caractère.

Le vendeur avait en général, pour obtenir l'exécution des droits nés de la vente, l'action *venditi*, mais il a paru bizarre de lui donner, pour arriver à la destruction du contrat, une action créée pour le sanctionner et en assurer l'exécution; d'ailleurs la vente étant anéantie, on ne peut pas concevoir, peut-on dire, que l'action *venditi* lui survive, elle a dû disparaître avec le contrat qui l'a fait naître. A cette objection on avait essayé de répondre que a *lex commissoria* devait être regardée comme un pacte adjoint *in continenti* à une vente pure et simple, et créant éventuellement à la charge des parties des obligations en sens inverse de celles qui étaient nées du contrat et non comme une clause destinée à entraîner l'anéantissement de la vente.

Cette question était controversée entre les Proculiens et les Sabinien. Les Proculiens, faisant valoir l'objection

que nous venons d'exposer, refusaient au vendeur l'action *venditi* pour arriver à la destruction du contrat et lui donnaient seulement l'action *præscriptis verbis*. Les Sabinieniens, au contraire, donnaient dans cette hypothèse l'action *venditi* au vendeur, se conformant en cela à la tendance générale de leur école portée à donner la plus grande extension à l'application des actions naissant des contrats nommés. D'après eux, la *lex commissoria* ajoutée à la vente faisait partie intégrante de ce contrat, et invoquer ce pacte c'était invoquer la vente elle-même. C'est de la vente seule, disaient-ils, que le pacte commissoire tire sa force en se confondant avec ce contrat. On ne peut pas dire que le contrat disparaît entièrement, il en reste toujours au moins cette partie qui a servi à anéantir le reste. Il ne faut du reste pas oublier que la vente est un contrat de bonne foi, dans lequel il faut se préoccuper bien plus de ce que les parties ont voulu faire que de ce qu'elles ont dit, où il faut rechercher *id quod actum est*, bien plus que *id quod dictum est*. Or, il est bien certain qu'en ajoutant à la vente la *lex commissoria*, les parties contractantes n'ont pas voulu faire disparaître toutes les obligations nées de ce contrat, mais qu'elles ont seulement voulu décharger le vendeur des obligations nées de la vente, tout en laissant subsister les obligations de l'acheteur. Telle est la doctrine admise par Pomponius dans la loi 6, § 1, D., *De cont. empt.*, de laquelle il ressort cependant que la question était controversée : « Si fundus annua, bima, trima die ea lege venisset ut si in diem statutum soluta pecunia non esset, fundus inemptus foret, et ut, si interim emptor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur, et ut quanti minoris

postea alii venisset, ut id emptor venditori præstaret ad diem pecunia non soluta placet, venditori ex vendito eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod nempto fundo facto dicatur, actionem ex vendito futuram esse, in emptis enim et venditis potius id, quod actum quam id, quod dictum sit, sequendum est; et quum lege id dictum sit, apparet hoc duntaxat dictum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur. » On peut également citer la loi 4 pr., D., *De lege com.*, comme autorisant ici l'emploi de l'action *venditi* : « Et quidem finita est emptio sed jam decisa quæstio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et D. Severi declaratur. »

On peut se demander si du jour où le droit d'invoquer l'action *venditi* fut législativement consacré, l'action *præscriptis verbis* continua à être applicable. Logiquement cette dernière action aurait alors dû disparaître, car les Proculiens avaient introduit l'usage de cette action pour tenir lieu de l'action *venditi* qui, à leurs yeux, ne pouvait rationnellement pas servir à la destruction du contrat pour l'exécution duquel elle était donnée. Cependant différents textes prouvent bien que l'action *præscriptis verbis* continua à être donnée et subsista à côté de l'action *venditi*. C'est ainsi que Paul ¹, au cas de vente avec pacte *si displicuerit*, donne à l'acheteur l'action *empti*, « ut Sabinus putat aut *proxima empti in factum* datur. » Une constitution d'Alexandre Sévère, rapportée au Code de Justinien ², ne laisse aucun doute à cet égard et consacre au

¹ Loi 6, D., *De resc. vend.*, liv. XVIII, tit. v.

² Loi 2, C., *De pact. int. empt.*, liv. IV, tit. LIV.

cas de réméré le droit de choisir entre l'action du contrat et l'action *præscriptis verbis*, « actio præscriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur. »

Les deux actions *venditi* et *præscriptis verbis* appartenaient donc au vendeur quand la *lex* se réalisait, mais ces actions étaient toutes deux personnelles et par suite insuffisantes pour faire recouvrer la chose au vendeur. Elles avaient seulement pour effet de faire naître, à la charge de l'acheteur, l'obligation de retransférer la chose. Si l'acheteur refusait d'opérer la restitution, aucun moyen n'était donné au vendeur pour triompher de sa résistance et il ne pouvait obtenir qu'une condamnation pécuniaire. De plus, un autre inconvénient de la *lex commissoria*, protégée par ces seules actions, résultait de ce qu'elle n'était pas opposable aux tiers auxquels l'acheteur pouvait avoir livré la chose vendue.

Le vendeur trouvait une protection plus efficace dans la *lex commissoria* lorsqu'il était propriétaire de la chose vendue, ce qui arrivait si la chose étant *mancipi*, il en avait seulement fait tradition à l'acheteur; il en était de même toutes les fois qu'il n'avait pas suivi la foi de l'acheteur. Mais dans les autres hypothèses fallait-il donner au vendeur le droit de revendiquer la chose en vertu de la *lex commissoria* accomplie? Ne faut-il pas dire que si la tradition faite par le vendeur à l'acheteur a transféré la propriété à ce dernier, c'est parce qu'elle trouvait dans la vente même la *justa causa* nécessaire à ce transfert et que le contrat étant résolu, il faut dire, employant l'expression de nos anciens auteurs, que cette *causa redigitur ad non causam*, ce *titulus ad non titulum*? Ne faut-il pas dire que la tradition étant réputée avoir été faite sans cause, la propriété doit être considérée comme

faisant retour de plein droit à l'acheteur. Ce système est très favorable au vendeur, la revendication en effet lui sera donnée non-seulement contre l'acheteur, mais aussi contre les tiers acquéreurs et il pourra rentrer dans la possession de sa chose sans avoir à souffrir du concours des autres créanciers de l'acheteur ou du tiers acquéreur insolvable, ni de la mauvaise volonté du possesseur si toutefois, comme nous avons essayé de le démontrer dans notre introduction (voy. *suprà*, p. 10 et s.), il est vrai que l'*arbitrium judicis* pouvait être exécuté *manu militari*. En outre, la propriété de l'acheteur disparaissant par l'effet de la résolution, si la condition résolutoire opérait ans effet rétroactif, ainsi que nous le verrons plus loin (p. 78 et s.), le vendeur ne sera cependant pas obligé de respecter les droits par lui conférés sur la chose, en vertu du principe *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, tandis que si le vendeur, au lieu d'avoir une action réelle, avait seulement une action personnelle, il serait obligé de respecter les droits conférés sur la chose par l'acheteur, lors même que ce dernier consentirait à lui retransférer la propriété de la chose vendue.

Si désirable que puisse paraître ce retour *ipso jure* au vendeur, de la propriété de la chose transmise sous condition résolutoire, cela ne suffit pas pour qu'on puisse affirmer que telle était la doctrine admise en droit romain. Cette question a été l'objet de nombreuses et vives controverses et a fait naître dans l'esprit des commentateurs les systèmes les plus nombreux et les plus divers, on peut les ramener à trois principaux.

Dans un premier système, on affirme que jamais, à aucune époque du droit romain, on n'a pu transférer la propriété d'une chose sous condition résolutoire.

Dans un deuxième système, aussi exagéré, mais en sens inverse, on dit que cela a toujours été possible, du moins quand le transport de la propriété était effectué au moyen d'une tradition.

Les partisans du troisième système, plus modérés que ceux des deux premiers, prétendent qu'il faut distinguer suivant les époques, que dans l'ancien droit la prohibition était absolue, que dans le droit classique la doctrine contraire aurait été proposée par certains jurisconsultes, notamment par Ulpien, et qu'elle aurait fini par triompher à l'époque de Justinien. Nous pouvons dire dès maintenant que c'est ce système qui nous paraît le mieux fondé et que c'est celui que nous adopterons. Mais avant d'examiner cette question dans les détails qu'elle comporte, nous allons essayer en quelques mots de montrer de quelle façon elle se pose.

La question n'est pas de savoir si en droit romain, on pouvait avoir un droit de propriété résoluble sous condition, cela ne fait doute pour personne et on peut en donner des exemples : c'est ainsi qu'en cas de vente sous condition suspensive, d'après l'opinion la plus généralement admise, le vendeur avait, *medio tempore*, un droit de propriété résoluble, il en était de même de l'héritier lorsque le *de cujus* avait légué une chose à un tiers sous une condition déterminée, cela au cas de legs *per vindicationem*, sous condition suspensive, quand l'héritier avait fait adition avant l'arrivée de la condition. La question est donc tout autre, elle consiste à chercher si dans l'acte même par lequel on transmet la propriété, on peut insérer une clause en vertu de laquelle la propriété serait frappée entre les mains de l'acquéreur, d'une résolution conditionnelle.

L'obstacle, a-t-on dit, vient de la combinaison des deux idées que voici ; d'une part : la simple convention n'étant pas suffisante pour transférer la propriété ne peut pas davantage suffire pour la retransférer en vertu de la condition résolutoire ; d'autre part, les modes requis pour opérer le transfert de la propriété, notamment la *mancipatio* et l'*in jure cessio* ne sont pas susceptibles des modalités propres à soumettre le transfert de la propriété à une résolution conditionnelle.

Sans doute, il est exact de dire que la convention ne suffit pas pour opérer une translation de propriété, sans doute, la *mancipatio* et les autres actes solennels ne pouvaient pas être modifiés par une condition exprimée dans l'acte, mais c'est à tort que l'on veut attribuer, dans la matière qui nous occupe, la moindre importance à la règle qui prohibe les conditions dans les actes solennels tels que la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, il y a là une erreur qui provient de ce que l'on omet de distinguer la condition qui affecte un acte juridique et celle qui affecte le droit que cet acte a pour but d'établir ou de transférer. Si la *mancipatio* et l'*in jure cessio* ne pouvaient être soumises à une résolution conditionnelle, cela ne tient pas à leur nature d'*actus legitimi*, mais c'était un point qui leur était commun avec tous les actes qui n'étaient pas purement consensuels. La difficulté était autre, à savoir s'il était possible de transférer un droit de propriété susceptible de s'évanouir par l'arrivée d'une condition, un droit *ad conditionem*, et à ce point de vue, il n'y a pas à distinguer entre les actes qui admettent ou non la condition, car la condition résolutoire affecte, non pas l'acte translatif qui demeure pur et simple, mais le droit transmis. Ce qui prouve bien que la question ne se pose pas sur l'acte, mais sur le droit lui-même, c'est d'abord qu'on peut par *in jure cessio* comme

par legs, conférer un droit d'usufruit *ad conditionem*¹, c'est ensuite que, suivant l'opinion dominante jusqu'à Justinien, le legs d'un droit de propriété *ad tempus* était nul²; c'est enfin que les jurisconsultes qui admettaient qu'on pût transférer une propriété soumise à une résolution conditionnelle, ne distinguaient pas, suivant que l'acte translatif était ou non conditionnel. La question qui se pose n'est donc pas de savoir si la condition résolutoire pouvait affecter l'acte translatif de propriété, mais si elle pouvait affecter la propriété elle-même.

On peut citer un grand nombre de textes desquels il résulte, d'une façon évidente, que la translation de la propriété *ad conditionem* n'était pas admise dans l'ancien droit, la propriété apparaissant alors aux jurisconsultes comme un droit absolu non susceptible d'être limité dans sa durée.

C'est ainsi que Paul, en cas de donation à cause de mort sous condition résolutoire de prédécès ou de révocation, donne au donateur la *condictio* pour rentrer dans la possession de sa chose, et ne parle pas de la revendication³.

De même la loi 2⁴, lorsque le vendeur à réméré a transporté la propriété de la chose à l'acheteur, en vertu de la vente, et lorsqu'il veut ensuite exercer le réméré, lui donne l'action *præscriptis verbis* ou *ex vendito* à son choix, mais rien de plus.

La loi 3 au Code au même titre est encore plus explicite, elle dit expressément que le vendeur, sous condition résolutoire, n'a pas une action réelle, mais seulement

¹ *Vatic. frag.*, § 48.

² Loi 26, C., *De legat.*, liv. VI, tit. xxxvii.

³ Loi 38, § 3, D., *De usuris*, liv. XXII, tit. 1 et loi 35, § 3, *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX, tit. vi.

⁴ C., *De pactis int. empt. et vendit.*, liv. IV, tit. liv.

l'action personnelle *ex vendito* : « Qui ea lege prædium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non præcariam possessionem tradidit, *rei vindicationem non habet* sed actionem ex vendito. » L'absence de la revendition est également à signaler au cas de gage avec contrat de *fiducie*, contrat par lequel le créancier s'engageait envers son débiteur à lui retransférer, le jour où il serait désintéressé, la propriété de la chose qu'il recevait en garantie. Le débiteur, dans cette hypothèse, n'avait qu'une simple action personnelle contre son créancier pour lui réclamer l'objet donné en gage.

La loi 26¹, tout en permettant désormais de transférer par legs ou fidéicomis une propriété *ad tempus*, c'est-à-dire temporaire, dit cependant que c'est là une innovation et un changement apporté au droit antérieur. Il faut enfin citer le § 283 des *Fragmenta Vaticana* qui ne laisse pas le moindre doute à cet égard : « Si prædiorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret, donatio inrita est, cum *ad tempus proprietatem transferri nequiverit*. »

Il résulte donc clairement de ces textes qu'on ne pouvait pas transférer la propriété *ad conditionem* ou *ad tempus*; si, en fait, les parties avaient opéré la translation de la propriété d'une chose sous de telles modalités, l'acte était considéré comme nul², à la différence de ce qui avait lieu en matière d'obligations ou de servitudes, où la condition résolutoire était regardée comme non écrite, l'obligation comme pure et simple, et la ser-

¹ C., *De legatis*, liv. VI, tit. xxxvii.

² § 283, *Vatic. frag.*

vitute comme constituée *in perpetuum*, sauf cependant le droit de paralyser l'exercice de cette dernière jusqu'à l'arrivée de la condition, au moyen d'une exception de dol¹. Cette différence est difficilement justifiable, M. Bufnoir lui-même l'avoue tout en proposant une explication fort ingénieuse : « Les obligations et les servitudes, dit-il, sont des droits qui peuvent s'éteindre; seulement ils ne s'éteignent que par des modes déterminés. Quand donc on les a constitués en déclarant qu'ils seront éteints par l'arrivée d'une condition, il est possible, à la rigueur, de les maintenir en décidant qu'il n'y a pas à tenir compte d'un mode d'extinction qui n'est pas reconnu par la loi. Il en est autrement de la propriété; droit absolu et partant perpétuel, suivant l'idée admise, elle peut se déplacer, non s'éteindre; et quand on la transmet déterminément ou conditionnellement *ad tempus*, on a transmis un droit qui n'est pas juridiquement reconnu, et on a fait un acte nul, comme si on avait voulu aliéner une chose hors du commerce². »

Cependant, la doctrine d'après laquelle le vendeur sous condition résolutoire n'avait qu'une action personnelle pour contraindre l'acheteur à lui restituer la chose, semble avoir été contestée dès l'époque classique. C'est ainsi qu'Ulpien se demande qui, au cas de donation à cause de mort, peut exercer la revendication au sujet de la chose donnée, et il distingue suivant que la condition est suspensive ou résolutoire; la condition est-elle suspensive, la revendication appartient au donateur tant qu'elle n'est pas réalisée; après sa réalisation, c'est

¹ L. 4, D., *De servit*, liv. VIII, tit. iv.

² M. Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, p. 147.

le donataire qui peut revendiquer. Dans le cas de condition résolutoire, l'action réelle est donnée d'abord au donataire, puis au donateur après la réalisation de la condition, c'est donc que la seule arrivée de la condition suffit à retransférer *ipso jure* le droit de propriété au donateur, et il n'y a pas de raison pour restreindre cet effet de la condition résolutoire au seul cas de donation à cause de mort. Nous ne saurions, d'ailleurs, mieux faire que de citer les termes mêmes employés par le jurisconsulte : « Si mortis causa res donata est et convaluit, qui donavit, videndum an habeat in rem actionem. Et, si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de prælio vel peregré rediisset, *potest defendi in rem competere donatori*, si quid horum contigisset; interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte præventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori¹. » *Potest defendi*, dit Ulpien, ce qui semble bien indiquer une certaine hésitation de sa part à admettre cette doctrine.

Mais le même jurisconsulte se montre plus affirmatif dans la loi 41 pr.² ainsi conçue : « Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam conditionem, jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit. » Cette loi prévoit deux hypothèses

¹ Loi 29, D., *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX. tit. iv.

² D., *De rei vindic.*, liv. VI, tit. 1.

d'*addictio in diem* qui semblent se confondre, plusieurs explications en ont été données, et s'il faut admettre qu'Ulpien a voulu indiquer deux cas distincts, nous nous arrêterons à l'interprétation donnée par M. de Vangerow d'après lequel, dans la première hypothèse, la vente est résolue par le fait seul qu'on a fait des offres plus avantageuses : « si alius meliorem conditionem attulerit, » tandis que dans la seconde, par application des règles régissant l'*in diem addictio*¹, elle n'est résolue que par l'acceptation des offres. Mais quel que soit sur ce dernier point l'interprétation donnée de cette loi, il en résulte fort clairement que, au cas de vente sous condition résolutoire, l'action en revendication était donnée à l'acheteur considéré comme propriétaire tant que la condition n'était pas accomplie, mais qu'après l'arrivée de cette condition il ne pouvait plus agir en revendication et que, par conséquent, il avait perdu la propriété qui avait fait de plein droit retour au vendeur.

Dans la loi 4, § 3², Ulpien rapportant une décision de Marcellus, tire de sa doctrine la conséquence que les droits consentis par l'acheteur *pendente conditione* ne peuvent pas survivre à la disparition de son droit. « Sed et Marcellus libro quinto Digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. » La disparition du gage conféré par l'acheteur, la condition se réalisant, implique évidemment que l'acheteur n'a jamais été propriétaire, ou plus exactement qu'il n'a pu conférer sur la chose un droit plus étendu

¹ Loi 9, D., *De in diem add.*

² D., *De in diem ad.*, liv. XVIII, tit. II.

que le sien propre. Dans la loi 3¹, Ulpien cite une décision analogue de Marcellus qui, au cas d'*in diem addictio*, décide que, la condition se réalisant, les hypothèques consenties par l'acheteur disparaîtront avec les effets de la vente.

Ulpien accordait non-seulement l'action réelle au vendeur, mais aussi l'action personnelle² : « Sed jam decisa questio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et D. Severi declaratur. » On a quelquefois voulu invoquer cette loi pour soutenir qu'Ulpien lui-même refusait l'action réelle au vendeur, mais ce texte n'est pas concluant, les termes dont il se sert n'ont rien d'exclusif et peut-être a-t-il simplement pour but d'affirmer que le vendeur avait non pas seulement l'action *præscriptis verbis* mais aussi l'action *venditi*.

Il y a certainement des cas où Ulpien lui-même ne devait donner que l'action personnelle au vendeur. Il en était ainsi lorsque l'obligation de rendre naissait *quasi ex contractu*. C'est ce qui arrivait en matière de contrats innommés où celui qui *dedit* n'obtenant pas l'équivalent en vue duquel il a fait cette *datio*, agissait par la *condictio ob rem dati re non secuta* pour rentrer en possession de sa chose³. Il en était de même lorsqu'il avait été convenu que telle condition se réalisant, l'acheteur revendrait la chose au vendeur.

Ulpien et Marcellus donnaient donc et l'action personnelle et l'action réelle au vendeur, mais tous les jurisconsultes romains admettaient-ils cette doctrine?

¹ D., *Quib. mod. pign. solv.*, liv. XX, tit. vi.

² Loi 4 pr., *De lege com.*

³ Loi 4, C., *De rerum permut.*, liv. IV, tit. LXIV.

Ce système soutenu par M. de Vangerow tend à prévaloir en Allemagne; on invoque à l'appui de nombreux textes que nous nous proposons d'examiner. Voyons d'abord comment raisonne M. de Vangerow : Sans doute, dit-il, la simple convention ne peut suffire à transférer ni à retransférer la propriété, mais le transport de la propriété peut être soumis à des restrictions; c'est ce qui a lieu lorsque l'aliénateur réserve des servitudes sur le bien aliéné, on n'en fait la tradition que sous condition suspensive; la propriété ne passe à l'acquéreur que sous les limitations déterminées par la *justa causa*, elle peut donc être limitée dans sa durée par cette *justa causa*, si bien que la propriété n'ayant été transmise que pour un certain temps, cesse de plein droit d'appartenir à l'aliénateur à l'époque fixée, sans qu'une rétrocession soit nécessaire ni même possible.

Ce raisonnement prouve bien que le retour de la propriété *ipso jure* à l'aliénateur peut se concilier avec le principe que la simple convention ne suffit pas pour transférer la propriété, mais il ne prouve pas que les jurisconsultes admettaient ce retour, et il faut bien le reconnaître, M. de Vangerow se contente d'affirmer sans démontrer.

Voici comment on explique dans ce système les textes qui donnent à l'aliénateur sous condition résolutoire une action purement personnelle; l'aliénateur, dit-on, au lieu de conférer une propriété résoluble peut avoir, en fait, transféré un droit absolu en se réservant seulement, par une convention expresse ou tacite, le droit d'exiger une rétrocession, la condition venant à se réaliser. On peut répondre que cela est possible, mais ne prouve pas que les jurisconsultes admettaient tous que l'on pût transférer la propriété *ad conditionem*, cela est d'autant moins

évident que la plupart d'entre eux reconnaissent à l'aliénateur une simple action personnelle dans les hypothèses où Ulpien lui donne la revendication et que nous croyons pouvoir démontrer plus loin que les textes qui semblent accorder l'action réelle au vendeur, n'ont pas en réalité cette portée (V. p. 73 et s.).

Cette dernière objection a fait naître une deuxième explication. Si, dit-on, ces jurisconsultes parlent d'une action personnelle, c'est que la revendication donnée à l'aliénateur n'est pas exclusive du droit d'intenter du même chef une action personnelle qui, dans certains cas, sera préférable à l'action réelle. Cette argumentation ne laisse pas que d'être embarrassante, surtout si on observe que plusieurs lois de jurisconsultes autres qu'Ulpien donnent, ou plutôt semblent donner la revendication à l'aliénateur sous condition résolutoire.

Ainsi dans la loi 8, D., *De lege com.*, Scévola se demandant si, dans une hypothèse déterminée, la vente est résolue en vertu d'une *lex commissoria*, pose la question en ces termes : « Quæsitum est an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionione venditionis? »

La loi 14¹ est conçue dans le même sens : « Si mortis causa donatus fundus est, dit Julien, et in eum impensæ necessariæ atque utiles factæ sint, fundum *vindicantes* doli mali exceptione summoventur, nisi pretium restituant. »

On trouve aussi dans la loi 9 pr.² une décision qui implique la même solution : « In diem addicto prædio, et emptoris et venditoris voluntas exquiranda est, ut sive

¹ D., *De mortis causa donat.*, liv. XXIX, tit. iv.

² D., *De aqua et aquæ pluvix arc.*, liv. XXXIX, tit. iii.

remanserit penes emptorem, sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquæ cessionem. » Le jurisconsulte Paul disant qu'il est utile de faire intervenir le vendeur pour la constitution d'une servitude sur un fonds vendu avec *in diem addictio*, cela semble bien indiquer qu'il considérerait le retour de la propriété au vendeur comme s'effectuant *ipso jure*, car s'il considérerait la propriété comme devant être retransférée à celui-ci par une rétrotradition et par conséquent pour l'avenir seulement, la réalisation de la clause serait sans effet à l'égard de l'acquéreur de la servitude à la constitution de laquelle il serait inutile qu'il fasse intervenir le vendeur.

On trouve également au Code, au titre *De pactis inter emptorem*, deux lois qui, au cas de *lex commissoria*, adjointe à la vente, semblent consacrer la même opinion. C'est d'abord la loi 1 dans laquelle l'empereur Antonin s'exprime ainsi : « Si ea lege prædium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum emptrix arrhas perderet et dominium ad te pertineret fides contractus servanda est. »

C'est ensuite la loi 4 de l'empereur Alexandre qui semble plus précise encore : « Commissoriæ venditionis legem exercere non potest, qui post præstitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. »

Cette opinion cependant ne nous semble pas devoir être admise. Si on admettait en effet que la propriété pouvait être transférée *ad tempus* ou *ad conditionem* dans l'ancien droit, on ne pourrait pas expliquer la loi 26¹ de laquelle il ressort manifestement, au témoignage de Justinien lui-

¹ C., *De legatis*, liv. IV, tit. xxxvii.

même, que jusqu'à ce prince le legs d'un droit de propriété *ad tempus* était nul. Il serait non moins inexplicable que celui qui donnait sa chose en gage et l'aliénait avec contrat de *fiducie*, se fût contenté d'une simple action personnelle, pour la reprendre, s'il lui avait été possible de se réserver une action réelle. Rappelons aussi qu'Ulpien, tout en donnant l'action réelle dans la loi 29, D., *De mort. causa donat.*, emploie des termes dubitatifs qui indiquent bien une innovation : « Potest defendi in rem competere donatori. » Sans doute dans la loi 41, *De rei vindic.*, on ne rencontre plus la même hésitation, mais il n'y a rien d'étonnant à ce qu'Ulpien n'ait pas toujours songé, en parlant de cette action réelle, à dire que c'était une innovation, et il est bien certain qu'il n'aurait signalé nulle part cette action comme une innovation s'il l'avait considérée comme ayant toujours existé.

Enfin il y a de nombreux textes que nous avons cités plus haut (p. 64 et s.) qui refusent l'action réelle ; les plus probants sont la loi 3¹ qui refuse la revendication au vendeur avec *lex commissoria*, si la tradition n'a pas été faite à titre de *precarium* et le § 283, *De Vatic. fragm.*, qui contient une phrase bien significative : « Quum ad tempus proprietas transferri nequiverit. »

Aux textes que nous avons déjà cités il faut en ajouter un autre de Pomponius². Ce texte suppose qu'un esclave, ayant été soupçonné de vol, son propriétaire l'a remis au plaignant : « in quæstionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur, » ce dernier l'a livré au magistrat qui l'a fait mettre à mort comme coupable. La-

¹ C., *De pact. int. empt. et vend.*, liv. IV, tit. LIV.

² Loi 15, D., *De condict. causa data*, liv. XII, tit. IV.

béon, dit Pomponius ; donnait alors au maître l'action *ad exhibendum* ; mais Proculus distinguait suivant que la propriété avait été ou non transférée et, dans ce dernier cas, le seul qui nous intéresse, il refusait l'action *ad exhibendum*, ce qui prouve bien qu'il n'admettait pas le retour de la propriété par le seul effet de la condition. Et qu'on ne vienne pas dire que, s'il en décide ainsi dans cette hypothèse, c'est que la propriété avait été, dans l'intention des parties, transférée sans réserve, sous une simple promesse de rétrocession, car la clause de retour est aussi nettement posée que dans la loi 29, *De mort. causa donat.* ; en outre, il faut remarquer que le jurisconsulte Proculus passe en revue toutes les différentes hypothèses qui peuvent se présenter et, s'il ne prévoit pas celle où la propriété de l'esclave aurait été transférée *ad conditionem*, cela n'est-il pas la preuve manifeste qu'il n'admettait pas cette hypothèse comme possible ?

De toutes ces explications il résulte donc, bien que d'une manière générale, le transport de la propriété *ad tempus vel ad conditionem* n'était pas admis dans l'ancien droit, mais pour achever de démontrer la vérité de cette proposition, il nous faut expliquer les textes de jurisconsultes autres qu'Ulpien et Marcellus, qui semblent accorder une action réelle à l'aliénateur sous condition résolutoire et montrer qu'il n'en est pas ainsi en réalité.

Quant aux expressions de la loi 1¹ : « *dominium ad te pertineret*, » elles ne sont pas suffisamment précises pour qu'on puisse affirmer que c'est une action réelle que le texte a voulu donner au vendeur, et on peut tout aussi bien prétendre que c'est une action personnelle, il semble

¹ C., *De pact. int. empt.*, liv. IV, tit. LIV.

même que c'est parce qu'il adopte cette dernière opinion que ce texte termine en disant « *fides contractus servanda est.* »

Pour la loi 4 au Code (*eod. tit.*) et pour la loi 4, D., *De lege com.*, elles s'expliqueront facilement si l'on admet que l'expression *vindicare* est prise dans le sens général de réclamer et non pas dans le sens technique d'exercer l'action *in rem*, cela n'a rien d'in vraisemblable, car on trouve des textes employant l'expression *vindicatio* dans ce sens large, et cela est d'autant plus probable que la loi 3, *De pactis int. empt.*, qui est du même empereur (Alexandre) que la loi 4, refuse dans l'hypothèse qui nous occupe l'action réelle au vendeur; or, il n'est pas admissible que cet empereur se contredisant à deux lignes d'intervalle et parlant de la *vindicatio* veuille désigner une action *in rem*.

La loi 14, D., *De mort. causa donat.*, s'explique facilement si l'on admet qu'elle vise le cas d'une donation faite sous condition suspensive. Cela semble d'autant plus probable que cette loi est de Julien qui n'admettait pas que la propriété pût revenir *ipso jure* à l'aliénateur, ainsi que cela résulte des lois 13 et 19, *De mort. causa donat.*, ou dans l'hypothèse par lui prévue; il donne la *condictio ob rem dati* au donateur. En dehors de ces textes il y en a un autre plus probant encore, de l'empereur Julien, duquel il résulte que l'aliénateur n'avait pas d'action *in rem*¹.

Enfin il nous faut expliquer la loi 9, D., *De aqua et aquæ pluvi. arc.* du jurisconsulte Paul. Cette loi est, il faut le reconnaître, assez embarrassante; cependant il

¹ Loi 4, D., *De donat. int. vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. 1.

résulte de la loi 39, D., *De mort. caus. donat.*, qui est également de Paul, que la propriété ne pouvait faire retour de plein droit à l'aliénateur. « Si is cui mortis causa servus donatus est eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi; quoniam scit posse sibi condici, si convaluerit donator. » Ce texte prouve que la propriété du donataire ne s'éteignait pas *ipso jure* par la survie du donateur, autrement Paul ne donnerait pas, dans tous les cas, au donateur une simple *condictio*, et ce qui rend cette proposition plus évidente, c'est que ce même texte considère comme valable l'affranchissement de l'esclave, tandis que si le donataire n'avait été que propriétaire sous condition suspensive, l'affranchissement n'eût pas été valable ainsi que le dit Gaius¹. Ces deux textes de Paul semblent donc contradictoires, on peut cependant les concilier en disant que dans la loi 9, D., *De aqua et aquæ*, le jurisconsulte suppose que l'*addictio in diem* agit comme condition suspensive; d'autre part, comme il pouvait quelquefois y avoir doute sur le point de savoir si l'*addictio in diem* agissait comme condition suspensive ou comme condition résolutoire, on peut croire que Paul engage l'acquéreur de la servitude à faire intervenir le vendeur et l'acheteur afin d'être garanti à tout événement. Enfin, tout en admettant que Paul se place dans la loi 9 dans l'hypothèse d'une *addictio in diem* affectant la vente d'une condition résolutoire, on peut dire que ce jurisconsulte connaissant la doctrine d'Ulpien, recommande à l'acquéreur de la servitude de faire intervenir le vendeur afin d'être en règle au point de vue de toutes les opinions.

¹ Loi 29, § 1, D., *Qui et a quibus manumissi*, liv. XL, tit. ix.

Maintenant que nous croyons avoir établi que la théorie du transfert de la propriété *ad tempus vel ad conditionem* était généralement repoussée à l'époque classique et admise seulement par Ulpien et Marcellus, il nous reste à démontrer que cette opinion a triomphé sous Justinien, contrairement à l'opinion des partisans d'un des trois systèmes que nous avons énoncés, lesquels prétendent que cela n'a jamais été possible. Il est, disent-ils, contraire à l'essence même du droit de propriété, qu'il puisse être établi avec limitation dans sa durée, les conventions faites dans ce but ne peuvent donner naissance qu'à des obligations et elles ne peuvent en rien être opposables aux tiers.

Il faut répondre, comme nous avons déjà eu occasion de le dire, que rien ne s'oppose en théorie à ce qu'un droit puisse être transmis, limité dans sa durée comme il peut l'être dans son étendue, et que d'autre part un simple examen des textes prouve bien que Justinien a consacré formellement cette doctrine. Cela résulte de la loi 2¹. « Si prædiorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio valet, quum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quæ ei imposita est, conservanda. » Et cela devient plus évident encore, si, comme l'a fort ingénieusement fait remarquer M. Pellat, on rapproche ce texte du § 283 des *Vatic. frag.*, lequel paragraphe contient le texte et le sens primitif, tandis que la loi 2 au Code, tout en reproduisant le même rescrit, contient un texte modifié et mis en harmonie avec la législation nouvelle.

¹ C., *De donat. quæ sub modo*, liv. VIII, tit. xxxv.

De même la loi 26¹, ne laisse aucun doute à cet égard, on y trouve le passage suivant : « Quum enim jam constitutum est fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quæ ad tempus relicta sunt ad eandem similitudinem confirmari. »

A ce système on a objecté que certains textes donnent seulement une action personnelle à l'aliénateur sous condition résolutoire au cas d'accomplissement de la condition. Il peut y avoir là une cause d'embarras pour ceux qui prétendent qu'on a toujours pu transférer la propriété *ad conditionem*; mais il n'en est pas de même pour les partisans du système que nous défendons, il leur est facile d'expliquer ces textes soit par l'hypothèse spéciale qu'ils prévoient, car, nous l'avons déjà vu, il pouvait arriver dans certains cas que l'action personnelle fût seule possible, soit par la coexistence des deux actions *in rem* et *in personam*, soit enfin pour ceux des textes qu'aucune de ces deux explications ne pourrait suffire à justifier, par cela seul qu'ils sont un vestige de l'ancienne doctrine.

Résumons enfin, en quelques mots, notre opinion relativement aux effets de la *lex commissoria* sur la chose vendue par son propriétaire.

Avait-il transféré la propriété, le vendeur avait dans l'ancien droit l'action *venditi*, à l'époque classique, l'action *præscriptis verbis* d'après les Proculiens, l'action *venditi* selon les Sabinien, les constitutions impériales tranchèrent la controverse en leur donnant ces deux actions à leur choix; dès l'époque classique, on voit quelques rares

¹ D., *De legatis*, liv. VI, tit. xxxvii.

jurisconsultes donner l'action *in rem* au vendeur; cette opinion tend à prévaloir, et on voit même quelques rescrits impériaux en ce sens¹, mais elle ne triompha d'une façon définitive que sous Justinien.

Le vendeur resté propriétaire a toujours eu la revendication, et, en outre, l'action *venditi*.

Du jour où la résolution a eu pour effet de faire revenir *ipso jure* la propriété au vendeur et où la revendication lui fut donnée, on pourrait croire que l'action personnelle devint sans utilité et qu'elle aurait dû disparaître, il n'en est pas ainsi cependant, car cette action était à plusieurs points de vue préférable à la revendication. Ainsi l'action personnelle était seule possible si le vendeur n'était pas propriétaire de l'objet livré, car il ne pouvait pas le revendiquer; son utilité apparaît d'une façon plus évidente encore si on suppose que l'acheteur a usucapé *pendente conditione*. De même le vendeur n'aurait pas pu revendiquer les fruits ou les *accessiones* acquis à l'acheteur *pendente conditione*, cela est surtout manifeste si l'on suppose que la chose vendue se trouve entre les mains d'un tiers acquéreur; le vendeur ne pouvait, dans ces hypothèses, agir que par l'action personnelle, car, il faut bien le remarquer, le retour de la propriété au vendeur s'opérait sans effet rétroactif; c'est d'ailleurs par l'examen de cette question que nous allons continuer nos explications.

Il résulte bien des textes que la condition résolutoire n'avait pas un effet rétroactif, car, lorsqu'ils parlent de l'extinction des droits réels constitués sur la chose *pendente conditione*, ils indiquent, par les expressions qu'ils

¹ Lois 1 et 4, *De pact. int. empt.*

emploient, qu'ils considèrent ces droits comme ayant existés jusqu'à l'arrivée de la condition. C'est ainsi que la loi 4, § 3¹ et la loi 3², lorsqu'une vente avec *in diem addictio* a été conclue et que la condition vient ensuite à se réaliser, disent que l'hypothèque prend fin, qu'elle cesse d'exister, « *rem pignori esse desinere*, » « *pignus finire*. » Et cela peut se concilier avec l'idée que les droits conférés *pendente conditione* par l'acheteur s'éteignent avec son droit de propriété, car il est de principe que l'on ne peut pas conférer de droits plus étendus que ceux que l'on possède.

Il est important, à certains points de vue, de constater que la condition résolutoire n'a pas d'effet rétroactif. C'est ce qui explique que le vendeur ne recouvrait pas rétroactivement la propriété des fruits et des accessoires, qu'il avait seulement une action personnelle pour les réclamer, et ne pouvait pas les revendiquer contre l'acheteur qui, ayant été propriétaire intérimaire, avait acquis sur eux un droit de propriété définitif. Pour la même raison, le vendeur ne pouvait pas exercer l'action *legis Aquiliæ*, l'action *furti*, ni même la *condictio furtiva* au sujet de faits commis *pendente conditione*, si ce n'est du chef de l'acheteur, et lorsque celui-ci consentait à lui céder ses actions. Grâce à la non-rétroactivité, les servitudes acquises au profit du fonds *pendente conditione* par l'acheteur, subsisteront malgré la résolution et les servitudes qui existaient avant la vente entre le fonds vendu et un bien de l'acheteur, ne revivront pas de plein droit par le seul effet de la résolution. Les actes de disposition de la chose, consentis par le vendeur *pendente*

¹ D., *De in diem addict.*, liv. XVIII, tit. II.

² D., *Quib. mod. pign. sol.*, liv. XX, tit. VI.

conditione, seront considérés comme émanant d'un *non dominus* et traités comme les actes faits sur la chose d'autrui lorsque celui qui les a consentis devient ensuite propriétaire.

On a cependant invoqué la loi 9 pr., D., *De aqua et aquæ pluviæ*, en faveur de l'effet rétroactif de la condition résolutoire. Cette loi dit, en effet, que lorsqu'un fonds a été vendu avec *in diem addictio*, le consentement du vendeur et de l'acheteur est utile pour l'établissement d'une servitude, *pendente conditione*, afin qu'il soit certain, à tout événement, que la servitude a été constituée par le véritable propriétaire. Et lors même que cette loi se placerait dans l'hypothèse d'une condition suspensive, comme nous croyons l'avoir démontré, on pourrait encore dire qu'elle admet la rétroactivité de la propriété de l'acheteur, puisqu'elle regarde comme régulièrement constituée par lui, *pendente conditione*, la servitude dont il serait considéré comme l'ayant grevé seul, la condition venant à se réaliser.

Ce raisonnement n'est pas exact; pour s'en convaincre, il suffit de remarquer, comme le dit fort bien M. Bufnoir, « que la loi 9 n'est pas dans l'hypothèse d'une servitude établie *jure civili* et par un acte solennel. Elle parle d'une servitude établie *jure prætorio*, *per usum et patientiam*, et ce qu'elle requiert chez le constituant, c'est une simple adhésion, un simple consentement à l'exercice de la servitude. Or, on comprend que ce consentement puisse être donné conditionnellement par celle des parties qui n'est qu'éventuellement propriétaire. » « Il en est de tout ceci, ajoute M. Bufnoir, comme de la tradition que ferait le propriétaire conditionnel, laquelle serait éventuellement valable, si elle était soumise à la

même condition que le droit du *tradens* lui-même. La non-rétroactivité rend nuls les actes par lesquels le propriétaire conditionnel entendrait conférer sur la chose un droit actuel; elle n'annule pas ceux qui, pouvant être conditionnels eux-mêmes, comme dans notre loi 9, ont été, en effet, soumis à la condition de l'acquisition postérieure de la propriété au profit de celui qui les accomplit. »

§ II. — *Droits et obligations que fait naître l'accomplissement de la LEX COMMISSORIA.*

1° *Obligation de l'acheteur.* — La première et la principale obligation de l'acheteur est de rendre la chose vendue lorsqu'elle lui a été livrée. Il doit également restituer les fruits que la chose a produits *pendente conditione* : « *Lege fundo vendito dicta ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque jure perciperet, sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his judicium in emptorem dandum esse : Quia nihil penes eum residere oporteret ex re in qua fidem fefellisset*¹. »

Le motif donné dans notre loi 5 n'est évidemment pas le seul, car il ne pourrait pas être donné pour justifier la solution analogue donnée par Ulpien, au sujet de l'*in diem addictio*², où il n'y a pas de faute à reprocher à l'acheteur. Il faut donc chercher un motif plus général

¹ Loi 5, *De lege com.*

² Loi 4, § 4 et loi 6, *De in diem ad.*, D., liv. XVIII, tit. II.

de cette règle. Il ne faudrait pas dire que les fruits ont été perçus sans cause par l'acheteur, parce que le contrat grâce auquel il avait le droit de toucher les fruits est, par suite de l'accomplissement de la condition résolutoire, considéré comme n'ayant jamais existé. Ce motif ne serait pas bon, car, nous l'avons vu, la condition résolutoire accomplie n'avait pas un effet rétroactif. La loi 5 s'explique surtout par l'idée que lors de la formation du contrat, les parties ont tacitement entendu que la condition résolutoire venant à s'accomplir, chacune d'elles serait remplacée dans la position qu'elle occuperait s'il n'y avait pas eu de contrat. C'est pourquoi l'obligation de restituer les fruits est purement personnelle, et le vendeur ne peut pas les revendiquer contre un tiers acquéreur ni même contre l'acheteur.

Certains auteurs ont soutenu que l'acheteur n'était pas obligé de restituer les fruits; pour cela ils ont invoqué les lois 2, § 1, D., *De in diem addict.*, et 4, § 4, D., *Pro empt.* Mais ces deux lois ne s'occupent en rien du sort des fruits quand la condition résolutoire s'est accomplie, elles disent seulement que *pendente conditione*, l'acheteur fait les fruits siens; elles n'ont donc rien à faire dans la question qui nous occupe. On peut, en outre, ajouter que les jurisconsultes de qui émanent ces lois, disent dans d'autres textes que les fruits seront rendus par l'acheteur. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer la loi 2, § 1, *De in diem add.*, qui est d'Ulprien, avec la loi 4, § 4 (*eod. tit.*), du même jurisconsulte, dans laquelle il dit que les fruits seront rendus, et la loi 4, § 4, *Pro emptore*, de Paul, avec la loi 14, § 5, *De in diem addict.*, également de Paul, et dans laquelle il suppose que les fruits seront rendus.

On a aussi prétendu que l'acheteur est un possesseur de bonne foi, et comme tel a droit aux fruits. C'est une erreur, l'acheteur sous *lex commissoria* ne peut pas plus être assimilé à un possesseur de bonne foi que de mauvaise foi, c'est un propriétaire, mais un propriétaire intérimaire dont la condition est régie par des règles spéciales.

L'acheteur doit donc rendre les fruits, mais il faut entendre par là les fruits nets, déduction faite des frais de la jouissance, comme en matière de pétition d'hérédité. « Fructus intelliguntur de ductis impensis quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt¹. »

L'acheteur doit également rendre tout ce qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose, toutes les améliorations naturelles ou accidentelles, tout ce qui est venu augmenter la chose par accroissement, par exemple, le résultat de l'alluvion, le part de l'esclave, etc. : « Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem quæ sequuntur, locum habent². » Il doit aussi rendre au vendeur tout le bénéfice qu'il a pu tirer d'actions par lui exercées à l'occasion de la chose vendue, telles sont les réparations qu'il aura obtenues par les actions *furti legis Aquiliæ*, les interdits *quod vi aut clam*, *unde vi*, etc. Il devra également céder ces diverses actions au vendeur, s'il ne les a pas encore exercées. Il devra aussi indemniser le vendeur des dégradations que la chose a subies par son fait, « si deterior fundus effectus sit facto ejus. »

¹ Loi 36, § 5, D., *De hæred, pet.*, liv. V, tit. III.

² Loi 17, *De reg. jur.*, liv. L, tit. XVII.

Enfin l'acheteur pouvait être tenu, en vertu d'une clause fréquemment ajoutée à la *lex commissoria*, de restituer au vendeur la différence entre le premier et le second prix de vente, au cas où la chose serait revendue à un prix moindre : « In commissoriam etiam hoc solet convenire ut, *si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emptore exigat* : erit itaque adversus eum ex vendito actio¹. » Il y a là pour l'acheteur téméraire une peine analogue à celle qui frappe le fol enchérisseur dans notre droit français. Cette convention ne présente rien que de très légitime, elle a pour but d'assurer le vendeur contre tout dommage résultant de l'inexécution des obligations de l'acheteur, elle est même si équitable, que certains auteurs ont cru devoir la sous-entendre, quand elle n'était pas formellement insérée dans le contrat de vente accompagné de la *lex commissoria*. Ils ont pour cela invoqué le terme *solet*, de notre loi 4, § 3, et l'ont rapproché de la fin de la loi 31, § 20² du même Ulpien, dans laquelle il dit « ... ea enim, quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire. » Malgré l'équité d'une telle solution, elle nous semble cependant difficilement admissible et le terme *solet* ne nous paraît pas suffisamment probant, autrement, ainsi que le fait remarquer fort exactement le président Favre³, il faudrait dire que l'hypothèque est de la nature de tous les contrats de bonne foi, parce que Gaïus, dans la loi 15, § 1⁴, se sert de ce mot relativement à celle-ci.

¹ Loi 4, § 3, *De lege com.*

² *De ædil. edict.*, liv. XXI, tit. 1.

³ *Ration. ad leg.*, 4, § 3, *De lege com.*

⁴ *De pign.*, liv. XX, tit. 1.

2° *Obligations du vendeur.* — Elles dérivent des droits de l'acheteur, comme les obligations de l'acheteur dérivent des droits du vendeur. Si l'acheteur a fait sur la chose des dépenses nécessaires, il pourra se payer sur les fruits, ou bien garder la chose jusqu'à ce que le vendeur l'ait indemnisé; pour les dépenses utiles, le vendeur ne sera tenu que jusqu'à concurrence de la plus-value et il ne devra rien pour les dépenses voluptuaires. Quant aux arrhes, il faut décider que le vendeur n'était pas tenu de les restituer à l'acheteur. La loi 6 pr.¹ ne laisse aucun doute à cet égard : « Et id quod arrhæ vel alio nomine datum esset apud venditorum remansurum. » On a cependant prétendu qu'il fallait restreindre cette solution au cas où le vendeur se serait réservé ce droit par une convention expresse; pour cela on a invoqué plusieurs textes qui nous montrent la perte des arrhes formellement écrite dans le contrat²; mais la généralité des termes de la loi 6 pr. prouve bien qu'en l'absence de cette clause, on devrait la suppléer. L'acheteur n'a, du reste, pas le droit de se plaindre, les arrhes servent à prouver que le contrat a été conclu irrévocablement et s'il n'est pas maintenu, c'est lui qui est le seul coupable. Le vendeur ne sera donc tenu de restituer les arrhes à l'acheteur, qu'autant que cela aura été expressément convenu entre les parties.

Une autre question plus importante et plus discutée est celle de savoir si le vendeur devra restituer les à-compte qu'il a reçus. Dans un premier système on prétend que

¹ *De lege com.*

² Loi 8, D., *De lege com.* — Loi 1, C., *De pact. int. emp.*, liv. IV, tit. LIV.

le vendeur n'est pas plus tenu de restituer les à-compte que les arrhes; pour le soutenir, on invoque d'abord la loi 4 pr., *De lege com.*, « Sed, quod ait Neratius: habet rationem, ut interdum fructus (emtor) lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quæ est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit. » L'acheteur, d'après cette loi, garde donc les fruits quand il perd une partie du prix, ce qui a lieu lorsqu'il a fait un paiement partiel. On invoque ensuite la loi 6 pr., *De lege com.*, dans laquelle Scœvola attribue au vendeur non-seulement les arrhes mais tout ce qu'il a reçu à l'occasion de la vente: « Et id quod arrhæ vel alio nomine datum esset apud venditorem remansurum. » Enfin, dit-on, les arrhes elles-mêmes sont en réalité de véritables à-compte, cela résulte de la loi 8, *De lege com.*, qui parle de ce qui reste encore dû sur le prix lorsque des arrhes ont été données; or si elle ne considérât pas les arrhes comme des à-compte, c'est le prix tout entier, et non pas une fraction du prix, qu'elle dirait être encore dû; « acceptis arrhæ nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquæ pecuniæ. »

Ces arguments ne nous semblent cependant pas irréfutables et nous croyons devoir nous ranger du côté des partisans du deuxième système, lesquels imposent au vendeur l'obligation de restituer les à-compte à l'acheteur.

La loi 4 pr. n'a pas le sens que veulent lui donner les partisans du premier système; de cette loi il résulte que l'acheteur garde les fruits toutes les fois qu'il perd la portion du prix par lui versée, mais Ulpien omet de nous dire quand l'acheteur perd ce qu'il a payé, peut-être

prévoit-il le cas où en vertu d'une convention spéciale il en était ainsi, mais rien n'autorise à voir dans cette loi une décision par laquelle le jurisconsulte décide que l'acheteur perdait toujours les à-compte.

A l'argument basé sur les mots *vel alio nomine* tirés de la loi 6 pr., *De lege com.*, nous répondrons que le jurisconsulte a voulu désigner par là, outre les arrhes, tous les menus frais du contrat, frais d'actes, épingles, pots-de-vin, etc., et qu'il n'a pu songer à désigner ainsi les à-compte et à les confondre avec les frais du contrat.

C'est à tort qu'on voudrait assimiler les arrhes à de véritables à-compte. Sans doute les arrhes sont imputées sur le prix quand la vente est exécutée, mais leur but est surtout de constater la perfection du contrat, et si l'acheteur les perd c'est parce qu'il doit supporter tous les frais faits pour arriver à la conclusion de la vente. Les à-compte, au contraire, sont payés en exécution du contrat, mais ils ne servent en rien à sa formation. La perte des arrhes est d'ailleurs une peine, une exception au droit commun des conditions résolutoires dont l'effet est de remettre les parties dans le même état que si elles n'avaient pas contracté; or les exceptions sont de droit étroit et on ne saurait les étendre par analogie en dehors des cas expressément prévus par les textes.

Il faut enfin remarquer combien sont inadmissibles les conséquences auxquelles on arrive dans le système que nous combattons. L'acheteur qui n'aura rien fait pour exécuter ses obligations et qui aura laissé arriver le jour de l'échéance sans avoir payé la moindre parcelle de son prix sera mieux traité que l'acheteur qui aura fait ses efforts pour exécuter ses obligations; la seule peine encourue par le premier, sera la résolution de la vente, tan-

dis que le second perdra en outre une somme qui sera d'autant plus forte qu'il aura montré plus d'ardeur à exécuter le contrat, somme qui, peut-être, sera de bien peu inférieure au montant total du prix.

Il pouvait être convenu, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le vendeur garderait les à-compte et dans ce cas la loi 4 pr., *De lege com.*, donnait à l'acheteur le droit de garder les fruits. On a prétendu que ce droit étant la compensation de la perte des à-compte, l'acheteur ne pourrait l'exercer que dans la proportion des à-compte payés. Il nous semble préférable de décider qu'il avait le droit de garder tous les fruits, car on ne trouve aucune distinction de ce genre dans la loi 4. Il serait du reste fort difficile d'établir une proportion entre les fruits perçus et les fractions du prix qui ont été payées. On peut enfin remarquer que la perte des à-compte est une peine fort rigoureuse et que le tempérament que le législateur a voulu y apporter sera encore bien faible même si on accorde à l'acheteur tous les fruits perçus dans l'intervalle.

Quels étaient les effets de la résolution quand le vendeur avait livré à l'acheteur de bonne foi une *res aliena*?

Il faut distinguer suivant que l'usucapion est ou non accomplie au profit de l'acheteur au moment où la *lex commissoria* se réalise.

Tant que l'usucapion n'est pas accomplie, le *verus dominus* seul a la revendication. Quant au vendeur, il ne peut réclamer la restitution de la chose, que par l'action *venditi*; mais s'il a été remis en possession, peut-il joindre la possession de l'acheteur à la sienne pour compléter l'usucapion? Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord

sur ce point, c'est ce que nous montre un texte d'Ulpien qui¹, au sujet de la *redhibitio*, se prononce pour l'affirmative : « Præterea quæritur, si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona ejus? Et sunt, qui putent non posse, quia venditionis est resolutio redhibitio; alii, emptorem venditoris accessione usurum, et venditorem emptoris, quod magis probandum puto. » Les uns voyaient donc dans la *redhibitio* une résolution de la vente et pensaient que les parties ne peuvent pas invoquer contre des tiers un contrat qu'elles n'ont pas voulu laisser subsister entre elles et que par conséquent il n'y avait pas de jonction de possession de possible. Les autres, au contraire, donnaient au vendeur le droit de joindre sa possession à celle de l'acheteur et Ulpien se rangeait à leur avis. Cette opinion avait déjà été professée par Javolenus et par Africain dans la loi 19², et écrite pour tous les cas où la vente est résolue par suite de l'accomplissement d'une condition résolutoire quelconque, et dans la loi 6, § 1³, cette dernière loi relative à la seule *lex commissoria* s'exprime ainsi : « Vendidi tibi servum et convenit, ut, nisi certa die pecunia soluta esset, inemptus esset : quod cum evenerit, quæsitum est, quid de accessione tui temporis putares respondit id quod servetur, cum redhibitio sit facta : hunc enim perinde haberi ac si retrorsus homo mihi venisset, ut scilicet, si venditor possessionem postea nactus sit, et hoc ipsum tempus et quod venditionem præcesserit et amplius accessio hæc ei detur cum eo,

¹ Loi 13, § 2, D., *De acq. vel amit. poss.*, liv. XLI, tit. II.

² D., *De usuc. et usurp.*, liv. XLI, tit. III.

³ D., *De diver. temp. præscrip.*, liv. XLIV, tit. I.

quod apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit. » Africain considère donc la retranslation de la possession de la chose vendue, la condition résolutoire s'étant accomplie, comme une sorte de vente nouvelle, et s'il décide que le vendeur joint à sa possession celle de l'acheteur, c'est qu'il le considère comme étant lui-même son ayant-cause. Sans doute, à l'époque de Justinien la propriété se trouvant retransférée *ipso jure*, par le seul effet de l'arrivée de la condition, sans qu'il soit besoin d'une rétrocession, on ne peut plus dire que le vendeur est l'ayant-cause de l'acheteur. Le vendeur pouvait cependant encore joindre sa possession à celle de l'acheteur, cela résulte de la loi 19, *De usuc. et usurp...* On peut expliquer cette décision en disant que le vendeur était toujours libre de ne pas invoquer la règle nouvelle sur le retour de la propriété *ipso jure*.

On a proposé de dire que la première tradition se trouvant dépourvue rétroactivement de *justa causa*, n'a pu transférer que la possession physique¹. Le vendeur serait alors réputé avoir toujours eu la possession légale et l'avoir exercée par l'entremise de l'acheteur détenteur précaire, il n'y aurait plus alors deux possessions mais une seule et même possession qui se continue. Nous avons déjà réfuté cet argument appliqué à la propriété, en disant que l'acheteur était toujours réputé avoir été propriétaire intérimaire et que la résolution n'avait pas d'effet rétroactif, la même réponse doit être faite relativement à la possession.

Il faut remarquer que le vendeur ne pouvait joindre sa possession à celle de l'acheteur qu'autant qu'il était

¹ V. Ortolan, t. II, p. 306.

demeuré de bonne foi jusqu'à la résolution et que l'acheteur lui-même avait possédé de bonne foi.

Si l'usucapion était accomplie au profit de l'acheteur avant la résolution, le véritable propriétaire n'avait plus aucun droit sur la chose, l'acheteur était considéré comme ayant usucapé au profit du vendeur; l'usucapion, en effet, n'a pu conférer à l'acheteur plus de droits sur la chose que ne l'aurait fait la vente, si le vendeur en avait été le vrai propriétaire. Le vendeur avait alors l'action personnelle *venditi* pour réclamer la chose vendue; mais il semble difficile de lui accorder la revendication puisqu'il n'a jamais eu la propriété de la chose vendue.

3° *Effets de la LEX COMMISSORIA à l'égard des tiers.*
— Il faut à ce point de vue distinguer suivant les époques. Tant qu'on n'a donné au vendeur que l'action personnelle *venditi* ou *præscriptis verbis* pour arriver à l'exécution de la *lex commissoria*, cette clause s'est trouvée être sans effet à l'égard des tiers qui avaient acquis *pendente conditione* des droits réels sur la chose du chef de l'acheteur. Mais du jour où on a accordé en outre l'action *in rem* au vendeur, il n'a plus été tenu de respecter les droits réels conférés sur la chose par l'acheteur, entre la vente et l'accomplissement de la *lex*.

Quant aux baux, à aucune époque du droit romain l'acquéreur, ici le vendeur, n'a été tenu de les respecter : « *Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum*¹. »

Le système nouveau, fort avantageux pour le vendeur, sacrifiait entièrement les droits des tiers, qui étaient anéantis par l'accomplissement de la *lex commissoria*. On a dit qu'il était inique de priver ainsi les tiers de

¹ Loi 9, C., *De loc. et cond.*, liv. IV, tit. LXV.

droits qu'ils avaient légitimement cru pouvoir acquérir d'une façon irrévocable, la *lex commissoria* qui les menace, ne leur ayant été révélée par aucun mode de publicité. M. Bufnoir repousse cette objection, en disant que « sous un pareil régime, ceux qui traitent avec un propriétaire, doivent lui demander de justifier de sa propriété, et il ne peut le faire sans laisser apparaître les limitations sous lesquelles il l'a acquise¹. »

Avant de terminer cette étude nous allons examiner une dernière question. Les jugements rendus *pendente conditione* contre l'acheteur étaient-ils opposables au vendeur? Était-il tenu de respecter les droits réels qui avaient été judiciairement reconnus exister sur l'immeuble? Cette question comporte des distinctions, tant qu'on n'a donné au vendeur qu'une action personnelle pour obtenir la restitution de la chose vendue, l'action *judicati* a dû lui être opposable comme à tout ayant-cause de l'acheteur. Mais du jour où le vendeur n'a plus été considéré comme tenant ses droits de l'acheteur, mais comme exerçant un droit à lui propre, on a dû décider que, ce qui avait été jugé contre l'acheteur ne lui était pas opposable. On a également proposé de distinguer suivant que le vendeur avait ou non connu le procès engagé, pour décider que le jugement lui était opposable, seulement lorsqu'il avait connu l'instance engagée et ne pouvait pas être invoqué contre lui dans le cas contraire.

¹ M. Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, p. 170.

DE LA CONSTITUTION

DE

L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

EN DROIT FRANÇAIS

DE LA CONSTITUTION
DE
L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE
SUR LES IMMEUBLES
EN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.

L'origine de l'hypothèque est fort ancienne; si l'on recherche d'où vient cette institution, on voit que c'est en Grèce qu'elle a pris naissance : « *Hypotheca græcæ originis est dicta quasi supposita*¹. » L'étymologie même de ce mot suffit pour le révéler. Le mot *hypothèque*, ὑποθήκη, vient, en effet, du verbe ὑποτίθημι, *mettre dessous*, expression qui a trait aux signes extérieurs révélant à tous l'existence de l'hypothèque; celui qui voulait donner son fonds en garantie à son créancier, était tenu de placer sur le fonds engagé un signe visible de l'engagement. Ce signe consistait en une petite colonne ou un poteau ὄρος, portant une inscription, qui annonçait au public la nature, l'origine et le montant de la dette cause

¹ Noodt, *Comment.*, D., t. II, l. XX, t. I, p. 483.

de l'hypothèque. On voit par là que, dès l'origine, la publicité et la spécialité ont été les traits caractéristiques de l'hypothèque.

Ce système resta en vigueur pendant plusieurs siècles, il était pratiqué à Athènes même avant Solon. Plutarque, en effet, nous apprend que ce législateur ayant déchargé les débiteurs d'une partie de leurs dettes, se glorifia, dans ses poèmes, d'avoir fait disparaître les poteaux (ῥοῦς) de l'Attique; poteaux qui « étaient fixés çà et là sur les héritages engagés, et d'avoir ainsi rendu libre cette terre d'esclave qu'elle était auparavant¹. » Ce régime hypothécaire se retrouve encore à l'époque où vivait Démosthènes².

Mais ce système était encore bien imparfait et présentait de graves inconvénients; le créancier pouvait craindre que le débiteur ne fit disparaître les poteaux, ῥοῦς, pour échapper aux poursuites judiciaires et au discrédit, et, si la surveillance du créancier était possible dans une ville de peu d'étendue, où chacun passait tous les jours devant les immeubles de son débiteur et pouvait s'assurer de l'existence des signes extérieurs de son droit, elle devenait bien plus difficile, quand le créancier habitait loin de l'immeuble à lui hypothéqué.

A l'égard du débiteur, ce mode de publicité trop complet avait le grave inconvénient de faire connaître à tous les tiers, même non intéressés, l'état exact de son crédit et de ses embarras pécuniaires.

L'hypothèque, telle qu'elle existait à Athènes, ne paraît pas avoir passé directement de Grèce à Rome, c'est du

¹ Plutarque, *Vie de Solon*.

² Martin (du Nord), *Doc. hyp.*, Introduct., p. VII.

moins ce qui semble bien résulter de l'histoire de la formation de cette sûreté dans le droit romain.

Dans les premiers temps, le débiteur qui voulait donner une sûreté réelle à son créancier, devait lui transmettre, par les solennités de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio*, la propriété même de l'objet qu'il voulait lui affecter d'une manière spéciale; le créancier s'engageait par une convention accessoire, dite *fiducia*, à retransférer à son débiteur cet objet, après le paiement de la dette.

Pour échapper à la nécessité de transférer la propriété de la chose, on imagina la première forme de nantissement, le *pignus*.

Ce contrat ne transférait que la possession de la chose au créancier, qui, s'il était dépossédé, n'avait pas la revendication, mais seulement les interdicts possessoires, contre l'auteur de la dépossession, quel qu'il fût, contre le débiteur comme contre un tiers. En outre, le *pignus* mettait la garde de la chose à la charge du créancier; il privait le débiteur de la possession de cette chose et nuisait à son crédit, car lorsque l'objet donné en *pignus* était d'une valeur supérieure au montant de la dette, le débiteur en ayant déjà transféré la possession à son créancier, ne pouvait plus tirer parti de l'excédant de valeur de ce bien et le donner en garantie à un deuxième créancier.

Ce fut d'abord pour un cas particulier, que l'on imagina d'autoriser la création d'un droit réel, sans que cependant le débiteur perdît la possession de sa chose. Un fermier veut-il affecter à la garantie de ses fermages son matériel de culture, il est nécessaire de le lui laisser à moins de rendre l'exploitation impossible. Aussi le préteur Servius permit-il, au propriétaire qui se serait fait

consentir, sans tradition, une affectation en garantie des *invecta et illata*, de réclamer, s'il n'était pas payé à l'échéance, la possession de ces objets, au moyen d'une action créée à l'imitation de la revendication.

Cette action qui prit le nom du prêteur qui l'avait créée, « *Serviana*, » fut ensuite étendue sous le nom d'action *quasi-Serviana* à tous les autres cas de constitution de gage. Le débiteur n'était plus privé de la propriété ni même de la possession de sa chose, le contrat d'hypothèque se formant désormais par la simple convention, indépendamment de toute tradition. Cependant l'hypothèque étant un *jus in re*, la rigueur des principes empêchait qu'elle pût être constituée par simple convention et rendait la tradition nécessaire. Mais, le fréquent usage des hypothèques et l'incommodité de la tradition, qui aurait enlevé à l'hypothèque les avantages qu'elle présentait sur le *pignus*, engagèrent le prêteur à s'écarter des principes rigoureux du droit civil, c'est pourquoi il admit la constitution de l'hypothèque par la seule convention¹ : « *Pignus contrahitur non sola traditione sed etiam nuda conventionione etsi non traditum est*². » L'hypothèque pouvait résulter d'un simple pacte, qu'il fût ou non constaté par écrit. Cependant une constitution de l'empereur Léon³ décida que, le créancier muni soit d'un acte public, soit d'un acte privé, signé de trois témoins, serait toujours préféré aux autres créanciers.

L'hypothèque était occulte en droit romain, jamais on ne songea à organiser la publicité, de plus elle portait sur les meubles comme sur les immeubles.

¹ En ce sens, Pothier, *De l'hyp.*, n° 9.

² L. 1, D. *De pign. act. vel contra*, XIII, vii.

³ L. 11, C. *Qui pot.*, VIII, xviii.

Le régime hypothécaire romain se maintint en Gaule après l'invasion des Francs, qui laissèrent aux vaincus la jouissance de leur droit civil.

A l'époque de la féodalité, les seigneurs qui prétendaient avoir conservé le domaine direct sur tous les biens situés dans leur territoire, voulurent rendre publics l'établissement et le transfert de tous les droits réels immobiliers, et par conséquent, la constitution même de l'hypothèque, afin de percevoir plus facilement la taxe élevée qui frappait les mutations de tous ces droits.

Ce système, né avec la féodalité, disparut avec la résurrection du droit romain, dans la majeure partie de la France où l'on revint à l'hypothèque occulte. Il subsista cependant dans quelques coutumes du Nord, appelées *pays de saisine ou de nantissement*, parce que les hypothèques n'y avaient effet à l'égard des tiers, que si elles étaient rendues publiques par une inscription faite avec la permission du juge, sur un registre dressé à cet effet. « Ces nantissements, dit Argou, doivent être faits suivant les formalités prescrites par chaque coutume, dont la principale est de faire enregistrer le contrat pour raison duquel on veut avoir hypothèque, dans la justice foncière du lieu où les héritages sont situés, dans laquelle il doit y avoir un registre à part qu'on appelle registre de nantissement. Ainsi ceux qui veulent prêter leur argent n'ont qu'à examiner ces registres pour savoir si le débiteur a des créanciers qui soient nantis sur les héritages qu'il veut hypothéquer¹. »

L'hypothèque ne se constitue plus alors par la simple convention; elle résulte de tout acte passé en la forme

¹ Argou, *Institution au droit françois*, liv. IV, ch. III, p. 418.

authentique, qui entraîne de plein droit, et sans aucune publicité, une hypothèque générale sur tous les biens des personnes qui se sont obligées dans l'acte.

On n'avait apporté qu'un changement au droit romain, mais un changement malheureux, funeste au crédit public et privé. Sans doute il y avait progrès à exiger un acte authentique pour la constitution de l'hypothèque, mais tout acte public emportant hypothèque, ce progrès eut les conséquences le plus fâcheuses, ces hypothèques se multiplièrent outre mesure, et la situation d'alors est fort bien caractérisée par ces paroles de Loyseau : « Nul ne se peut vanter que ses biens ne soient pas obligez, si en sa vie il a passé quelque contract. Et puisque l'hypothèque suit perpétuellement la chose en quelque main qu'elle passe, il s'en suit qu'il est fort mal-aisé de rien acquérir qui ne soit chargé de plusieurs hypothèques¹. »

Le même auteur ajoutait dans un autre endroit : « Il n'y a nul inconvénient pour le regard du débiteur, car il est bien raisonnable de le faire bon payeur par tous moyens : mais l'inconvénient est grand à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foy, qui, pensant estre bien assuré de ce qu'on lui vend et qu'on met en sa possession, sachant bien qu'il appartenait à son vendeur, s'en void enfin évincé et privé, par un malheur inévitable, au moyen des hypothèques précédentes, lesquelles estant constituées secrettement, il ne luy estoit pas possible de les sçavoir ny de les découvrir². »

Plusieurs tentatives furent faites en France, jusqu'à la révolution, mais avec un égal insuccès, pour généraliser

¹ Loyseau, *Traité de la garantie des rentes*, n° 7.

² Loyseau, *Traité du déguerpissement*, L. III, n° 16.

le principe de la publicité des coutumes de nantissement.

Henri III, par un édit de 1581, ordonne que tout contrat contenant obligation de plus de cinq écus, soit contrôlé et enregistré, « faute de quoi on n'acqueroit pas de propriété ou d'hypothèque sur les héritages. » Cet édit portait une trop grave atteinte au crédit des prodigues seigneurs de la cour, et faisait trop bien connaître le délabrement de leur fortune, pour subsister longtemps, aussi, comme ceux qui le suivirent, fut-il révoqué peu après son apparition (1588).

Sully, renouvelant l'édit de Henri III, voulut que nul emprunt ne pût se faire sans qu'il fût déclaré « quelles dettes pouvait avoir déjà l'emprunteur, à quelles personnes et sur quels biens. » Cet édit de juin 1606, fut aussi mal accueilli que le précédent, et le Parlement de Normandie seul consentit à l'enregistrer.

Enfin Colbert fit rendre, en 1673, « *l'édit portant établissement des greffes et enregistrement des oppositions pour assurer la préférence aux hypothèques.* » Voulant perfectionner par une disposition universelle ce que quelques coutumes du royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et nantissements. »

Il instituait au greffe du bailliage de la sénéchaussée, des registres sur lesquels les créanciers devaient s'inscrire, ou faire enregistrer leurs oppositions dans un délai de quatre mois, pour conserver leur droit d'hypothèque. Passé ce délai, le rang de l'hypothèque était déterminé par la date de l'inscription et non plus par celle du contrat.

Il déclarait que les créanciers dont les oppositions auraient été enregistrées, seraient préférés, sur les immeubles sur lesquels ils auraient formé opposition, à tous

autres créanciers non opposants quoique antérieurs et privilégiés (art. 21).

Ceux qui acquéraient des immeubles autrement que par successions ou legs universels, devaient faire signifier, aux divers opposants, leurs titres de propriété.

Il exigeait l'enregistrement de plusieurs droits réels, notamment de l'usufruit créé par la convention. Tout cessionnaire héritier ou donataire de créance hypothécaire, devait faire mentionner son titre à côté de l'enregistrement de l'opposition.

Les greffiers, chargés de la tenue de ces registres, étaient dans l'obligation de remettre, sans frais, des extraits à toute réquisition.

Mais cet édit avait de graves défauts : il affranchissait huit classes de personnes de l'obligation de faire enregistrer leurs oppositions, et dispensait également certaines créances de publicité. Tout en admettant qu'entre créanciers opposants la date seule de l'opposition fixe le rang de l'hypothèque, il faisait rétroagir, au jour des contrats ou jugements, l'effet des oppositions inscrites dans le délai de quatre mois. Enfin, il permettait l'hypothèque des biens à venir; de là généralité, clandestinité partielle et inscription différée de l'hypothèque.

Cet édit de mars 1673, fut révoqué dès avril 1674.

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler également l'édit de 1771 rendu sous le ministère du chancelier Maupeou. Cet édit concernait les formalités de la purge; au *décret volontaire* né de la pratique et employé pour arriver à la purge des hypothèques, il substitua le système des *oppositions et des lettres de ratification*.

Les améliorations que l'on se refusait à adopter en France, se propageaient en Allemagne, où le droit ro-

main n'avait laissé que de faibles traces, et où les idées et les formes féodales avaient subsisté. En Prusse, l'*Ordonnance des hypothèques et du concours entre créanciers*, remonte au 4 février 1722. En Autriche, des *lettres patentes* du 24 novembre 1758 et du 1^{er} septembre 1765, organisèrent le nouveau système hypothécaire.

Ces législations reposaient : 1^o Sur la *publicité* et la *spécialité* de tout droit de propriété, d'usufruit, de servitude, d'antichrèse, d'emphytéose, de retour, de résolution, de réméré, de fidéicomis, etc... Ces droits ne pouvaient exister et se transférer vis-à-vis des tiers par acte entre-vifs ou par testaments qu'au moyen de l'*intabulation*, ou inscription du propriétaire et du créancier sur un registre public, où chaque fonds avait un compte ouvert, auquel étaient portés tous les droits réels qui venaient soit le grever, soit l'augmenter. L'*intabulation*, constituait une présomption légale de propriété. 2^o Sur la *détermination officielle de l'étendue de chaque pièce de terre*, au moyen du cadastre, qui indiquait constamment les limites exactes de tous les immeubles, et leurs morcellements successifs ; 3^o Sur la *protection des simples prétentions de droit*, au moyen des *prénotations* ou inscriptions provisoires qui rendaient publiques les demandes des tiers-acquéreurs et des créanciers hypothécaires. Si le droit était reconnu fondé, la *prénotation* prenait rang du jour où elle avait été inscrite.

Ce fut dans la période intermédiaire, que l'on réalisa les réformes les plus importantes dans le régime hypothécaire de la France.

Le premier pas fut fait par l'Assemblée constituante, qui, après avoir déclaré, dans un décret du 28 mars 1790 relatif à l'abolition des droits féodaux, ne rien innover

pour le moment, aux dispositions des coutumes des pays de nantissement, sur la manière d'hypothéquer des héritages, supprima par un décret du 27 septembre 1790, toutes les formalités qui tenaient au nantissement féodal et les remplaça pour consommer la constitution de l'hypothèque¹, par la transcription de la grosse du contrat, au greffe des tribunaux de district de la situation des biens. Ce décret, à la différence des lois qui suivirent, n'avait qu'un effet partiel, puisqu'il ne s'appliquait qu'aux anciens pays de nantissement.

A la transcription entière du contrat, exigée par le décret de 1790 pour les anciens pays de nantissement, la loi du 9 messidor an III et la loi du 11 brumaire an VII, substituèrent, par toute la France, la simple inscription de la créance hypothécaire, au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens.

Les principales dispositions de la loi du 9 thermidor an III, sont les suivantes :

Elle repoussait toute hypothèque tacite ou légale, pour n'admettre que les hypothèques conventionnelles et judiciaires.

Elle permettait la constitution de l'hypothèque par acte privé, à condition qu'il fût reconnu par un acte authentique ou un jugement.

Si elle exigeait la publicité, elle ne consacrait pas cependant le principe de la spécialité des hypothèques. L'hypothèque s'étendait, en effet, sur tous les biens présents et à venir des obligés et même de leurs héritiers; si passé le délai d'un mois, le créancier n'avait pas fait inscrire son hypothèque, elle n'avait plus rang à la date du

¹ Martou, *Privil. et hypoth.*, t. II, n° 686.

contrat, mais seulement à la date de l'inscription; mais cette inscription n'était pas spéciale, car elle comprenait tous les immeubles du débiteur, situés dans l'arrondissement.

Enfin, et c'est peut-être l'innovation la plus remarquable de cette loi, tout propriétaire foncier pouvait prendre hypothèque sur lui-même, au moyen de *cédules hypothécaires* (art. 36) transmissibles par endossement et ce, jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de l'immeuble, et pour une durée ne pouvant excéder dix ans; le nombre de ces cédules n'était pas limité. Ces cédules constituaient des titres exécutoires, donnant droit au porteur de faire vendre l'immeuble à l'échéance, s'il n'était pas payé. Grâce à ce système ingénieux, on arrivait en quelque sorte à mobiliser les immeubles, et on augmentait sensiblement le crédit des propriétaires. Les rédacteurs du Code civil reculèrent cependant devant cette innovation hardie de la loi de messidor, redoutant de porter ainsi une trop grave atteinte à l'assiette de la propriété foncière.

Mais ce système n'est pas définitivement abandonné, et lors de l'enquête administrative de 1841 à 1843, sur la réforme du régime hypothécaire, un grand nombre de cours et de facultés de droit, consultées, se sont prononcées dans le sens d'un retour à l'article 36 de la loi de messidor¹.

Il faut d'ailleurs noter que ce système a été remis en vigueur par des voisins généralement peu portés à admirer ce qui vient de France, et encore moins ce qui vient

¹ *Doc. hyp.*, t. I, p. xci et p. 507, etc. Cours d'Aix, Amiens, Bordeaux, Dijon, Montpellier, Pau, Riom, Rouen, Toulouse. — Facultés de droit de Dijon, Grenoble et Poitiers.

de la Révolution : les bons fonciers fonctionnent en Prusse, où ils ont été établis par une des quatre lois sur le régime hypothécaire promulguées le 5 mai 1872. L'expérience montrera mieux que toutes les théories, s'il faut maintenir le Code civil ou revenir sur ce point, à la loi de messidor.

La loi du 11 brumaire an VII, la dernière sur la matière et de beaucoup la plus importante avant d'arriver au Code civil, réalisa un double progrès sur l'édit de 1673, et sur la loi de messidor. D'une part, elle rendit un grand service au crédit public en général, en faisant connaître toutes les mutations d'immeubles, au moyen de la transcription, et d'autre part, la première, elle sut associer la spécialité de l'hypothèque à sa publicité.

A la différence de la loi de messidor, elle reconnaissait non-seulement les hypothèques conventionnelles et judiciaires, mais aussi les hypothèques légales.

La spécialité et la publicité étaient réglementées par les articles 2, 3, 17, etc. L'article 2 décidait que l'hypothèque n'aurait rang que par l'inscription sur des registres publics. L'article 3 prohibait l'hypothèque des biens à venir, et l'article 17 voulait que l'inscription contînt l'indication du montant de la créance et la détermination de l'espèce et de la situation des biens hypothéqués.

Les avantages de ce système sont faciles à concevoir. Grâce à la publicité, l'hypothèque devient un instrument de crédit des plus solides, puisque le créancier sera toujours en mesure de connaître l'état de l'immeuble qui lui est offert en garantie. Aussi la loi de brumaire avait-elle décidé que le principe de la publicité serait applicable à toutes les hypothèques sans exception, et même aux privilèges.

Grâce à la spécialité, le débiteur a l'avantage de voir

son crédit ménagé; il ne l'épuise plus d'un seul coup. La fixation du chiffre de la créance garantie par l'hypothèque et la détermination précise de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués, la spécialisation, en un mot, ne porte pas atteinte aux droits du créancier, tout en améliorant le sort du débiteur.

Les rédacteurs du Code civil avaient à choisir entre trois systèmes : le système occulte du droit romain, où l'hypothèque pouvait être constituée par simple acte sous-seing privé; le système de l'ancien droit français, où l'hypothèque était occulte et générale et résultait de l'authenticité de l'acte; et le système de la loi de brumaire, consacrant le principe de la spécialité et de la publicité de l'hypothèque. La lutte s'engagea entre les partisans du système hypothécaire de notre ancien droit, et ceux de la loi de brumaire, elle fut des plus vives. Ce fut enfin, mais non sans efforts¹, le système de la loi de brumaire qui triompha, en subissant cependant de nombreuses modifications de détail. C'est ainsi que le principe de la spécialité et de la publicité, appliqué par la loi de brumaire à toutes les hypothèques et aux privilèges, ne fut pleinement appliqué par le Code qu'à l'hypothèque conventionnelle.

Le Code civil reconnaît trois sortes d'hypothèques : l'article 2116 dit que l'hypothèque est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle.

La simple convention ne suffit pas pour créer l'hypothèque, il faut un acte authentique notarié, mais l'hypothèque ne résulte plus, de plein droit, de l'acte notarié, et il faut le consentement exprès du constituant.

¹ Fenet, *Trav. prép.*, t. XV, p. 303.

Le principe de la spécialité est posé par les articles 2132 et 2148, qui veulent que l'on indique le montant de la créance et les biens hypothéqués. L'hypothèque conventionnelle est en principe prohibée sur les biens à venir (2129 et 2148); les hypothèques légale et judiciaire, portent au contraire sur les biens à venir comme sur les biens présents (2122 et 2123).

Le principe de la publicité est rattaché au principe de la spécialité, le Code veut que l'existence de l'hypothèque soit rendue publique, pour qu'elle puisse être opposée aux autres créanciers du constituant (2134) ou aux tiers acquéreurs (2166). La loi pose des exceptions assez nombreuses à ce principe en ce qui concerne les hypothèques légales, elle désire cependant que ces hypothèques soient inscrites et prend certaines mesures pour atteindre ce but (art. 1136 et s.; loi du 23 mars 1855, art. 8 et 9).

Enfin, pour protéger les tiers acquéreurs contre les inconvénients inhérents à l'hypothèque, le Code leur donne un moyen (2181 et s.) de dégrever les immeubles qu'ils ont acquis en créant deux sortes de purges, suivant qu'il s'agit d'hypothèques inscrites ou d'hypothèques dispensées d'inscription.

Depuis la promulgation du Code civil, on a tenté à plusieurs reprises, notamment en 1841 et 1851, de réformer notre régime hypothécaire. Ces réformes n'ont abouti qu'à une modification partielle, réalisée par la loi du 23 mars 1855.

La transcription avait été rendue nécessaire par le Code civil, dans certains cas particuliers (art. 939, 1069, 2108, 2180 et 2181) : cependant par suite d'une omission des rédacteurs du Code, elle n'était plus exigée, au cas d'aliénation à titre onéreux, pour assurer le transfert de la

propriété immobilière à l'égard des tiers : les créanciers ne pouvaient alors inscrire leurs hypothèques, que jusqu'au jour de l'aliénation, ou du jugement d'adjudication. Le Code de procédure civile de 1806, dans ses articles 834 et 835, vint donner un effet considérable et un nouveau rôle à la transcription : désormais, les créanciers antérieurs à l'aliénation, mais ceux-là seulement, ont un délai de quinze jours, à partir de la transcription, pour pouvoir inscrire leurs hypothèques. La loi du 23 mars 1855, revenant au système de la loi de brumaire et abrogeant les articles 834 et 835 du Code de procédure, décide que l'hypothèque ne pourra être inscrite que jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation de l'immeuble hypothéqué.

Les autres pays d'Europe ont, au contraire, apporté des modifications importantes à leur régime hypothécaire. La Belgique est la première qui ait débuté dans cette voie de réforme, par la loi du 16 décembre 1851; on peut ensuite signaler le Code civil italien de 1865; et, en Prusse, quatre lois relatives au régime hypothécaire, promulguées le 5 mai 1872.

La présente étude a seulement pour objet la constitution de l'hypothèque conventionnelle sur les immeubles telle qu'elle est établie au Code civil, elle ne comprendra donc pas l'examen des modifications apportées récemment par les différentes lois étrangères précédemment citées. Cependant, le Code civil français ayant été longtemps la loi Belge quant au régime hypothécaire, il n'est pas indifférent de voir quels sont les changements que nos voisins, instruits par une longue expérience, ont pu apporter au régime de notre Code, relativement à la constitution de l'hypothèque. Nous signalerons donc, au fur et à mesure qu'elles se présenteront, et sans en faire l'objet d'un cha-

pitre spécial, les modifications contenues dans la loi Belge.

Les différentes questions relatives à la constitution de l'hypothèque conventionnelle seront examinées dans trois chapitres distincts :

Chap. I. Forme et caractère de la constitution d'hypothèque ;

Chap. II. Énonciations qui doivent être contenues dans l'acte constitutif d'hypothèque ;

Chap. III. Des personnes qui peuvent constituer hypothèque.

CHAPITRE PREMIER.

De la forme et du caractère de la constitution d'hypothèque.



A Rome, l'hypothèque s'établissait par acte privé et sans aucune forme, aussi bien que par acte public. Mais, le titre authentique procurait au créancier l'avantage de passer avant celui qui n'avait qu'un titre privé, et cela même si l'hypothèque de ce dernier était antérieure en date au titre authentique. « *Eum qui instrumentis publice confectis nititur, præponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur*¹. »

Dans notre ancien droit, la plupart des coutumes exigeaient un acte authentique notarié ; cependant, quelques coutumes, et notamment celle de Normandie, permettaient la constitution de l'hypothèque par acte sous-seing privé : l'hypothèque était alors opposable aux tiers, pourvu que l'acte eût date certaine.

Les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an

¹ Loi 11, C VIII, XVIII, *Qui pot. in pign. hab.*

VII, exigèrent successivement un acte authentique, pour la constitution de l'hypothèque.

Enfin, l'article 2127 du Code civil, exige un acte authentique passé devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. Cette disposition de la loi n'a pas paru à tous absolument exempte de critique, il faut donc chercher les motifs qui ont inspiré le législateur et voir si elle peut ou non se justifier.

Si l'article 2127 exige un acte authentique, ce n'est pas tant pour empêcher les antedates et les fraudes, auxquelles se prête l'acte sous-seing privé, (car pour les éviter, il eût suffi de s'en référer à la coutume de Normandie, et d'exiger un acte ayant date certaine), que pour appeler l'attention des parties, sur un acte dont elles ne comprennent souvent pas toute la gravité. On s'étonne quelquefois, qu'une personne puisse aliéner un immeuble par simple acte sous-seing privé, tandis que pour l'hypothéquer il faut un acte authentique; cela s'explique cependant par cette considération que l'on consent à hypothéquer un immeuble plus facilement qu'à le vendre, car l'aliénation produit de suite tous ses effets, tandis que la constitution d'hypothèque n'enlevant pas immédiatement au débiteur le bien sur lequel il a constitué ce droit, il en résulte que l'on ne se rend pas toujours compte des conséquences que cet acte pourra entraîner plus tard.

L'article 2127 se justifie également, comme étant une disposition transitoire. Il faut, en effet, remarquer que le régime hypothécaire tel qu'il résulte de la loi de brumaire et du Code civil, était un régime nouveau, ignoré dans ses détails, et que, dès lors, il valait mieux confier la rédaction du contrat d'hypothèque à des offi-

ciers ministériels expérimentés, plutôt que d'en laisser le soin aux particuliers. Par ce moyen, on diminuait les chances de nullité dans le contrat hypothécaire, et on défendait ainsi « la nouvelle législation contre les récriminations qu'elle aurait justifiées, si dans les premiers temps de son application elle avait donné lieu à trop de surprises et d'annulations¹. »

Cette justification est d'ailleurs encore vraie aujourd'hui; car si on ne peut plus dire qu'il y a là une disposition d'une loi nouvelle, on peut toujours soutenir, qu'étant données les formalités nombreuses et minutieuses, exigées par la loi, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, l'intervention du notaire est aussi nécessaire qu'au jour de la promulgation du Code civil; les parties intéressées ne connaissant pas mieux, aujourd'hui qu'à cette époque, les dispositions de la loi sur ce point, et n'étant pas plus aptes à les appliquer.

Il faut également remarquer, que le principe de la publicité rendait presque indispensable la forme authentique, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle. Il serait, en effet, autrement impossible au conservateur des hypothèques, qui ne connaît pas les parties qui ont pris part à la constitution de l'hypothèque, de vérifier l'exactitude des déclarations et des signatures contenues dans l'acte sous-seing privé? Grâce à l'intervention du notaire, on évite donc l'encombrement, sur les registres du conservateur, d'inscriptions prises sans droit².

C'est donc à tort que l'on dirait que l'article 2127 n'est qu'un vestige de l'ancien droit, qui confondait le

¹ Demante et Colmet de Santerre, t. IX, 94 bis-II.

² Demante et Colmet de Santerre, t. IX, 94 bis-III.

titre exécutoire avec le titre constitutif de l'hypothèque, à une époque où l'hypothèque résultait de la forme des actes. Cette exigence de la loi n'est pas si irrationnelle qu'on veut quelquefois le dire, et, à toutes les raisons données plus haut, s'ajoute le motif d'utilité pratique suivant, qui suffirait à lui seul à justifier l'article 2127.

Si l'hypothèque pouvait être constituée par acte sous-seing privé, le créancier hypothécaire ne pourrait réaliser son gage qu'en s'adressant à la justice et en obtenant un jugement, car il est de règle (art. 673 C. pr.) que la saisie immobilière ne peut être pratiquée qu'en vertu d'un titre exécutoire. Si donc, le jour de l'échéance, le créancier à qui on a donné hypothèque par acte sous-seing privé n'était pas payé, il devrait obtenir un jugement. Tandis que, grâce à la disposition du Code civil qui n'admet la constitution d'hypothèque qu'en vertu d'un titre authentique, le créancier hypothécaire a un titre exécutoire entre les mains, et peut, au jour de l'échéance, faire procéder à une saisie immédiate.

L'hypothèque doit être constituée par acte authentique : cette disposition, applicable à l'hypothèque, ne doit pas être étendue à la créance qu'elle garantit. L'article 2127 ne statue, en effet, que sur l'hypothèque, il ne contient aucune disposition sur l'acte dans lequel la créance est constatée. Le plus souvent, en fait, c'est l'acte même dans lequel l'hypothèque est constituée qui fera preuve de l'existence de la créance, mais ce n'est là qu'un simple fait, et la loi n'exige rien de semblable.

La forme authentique n'est pas nécessaire pour les actes qui liquident des créances indéterminées. Ces créances, ainsi qu'il sera dit plus loin, sous l'explication de l'article 2132, peuvent être garanties par une hypo-

thèque, pourvu qu'une évaluation en ait été faite dans l'acte constitutif de l'hypothèque. Cette évaluation est provisoire, il faut donc nécessairement l'arrêter d'une façon définitive, par une liquidation postérieure. Il n'est pas nécessaire que cette liquidation soit faite par acte authentique, car l'article 2127 n'exige l'authenticité que pour l'établissement de l'hypothèque elle-même.

Une question fort importante est celle de savoir quelle est la nature de la constitution d'hypothèque; on peut se demander si c'est un acte unilatéral produit de la seule volonté de celui qui accorde l'hypothèque, ou si ce n'est pas plutôt un véritable contrat, exigeant, pour sa formation, le concours des deux volontés de celui qui s'oblige et de celui à qui l'hypothèque est concédée.

A Rome, c'était un acte prétorien, donc un véritable contrat; dans notre ancien droit, sauf dans les pays de nantissement, la constitution d'hypothèque ne résultait pas de la volonté des parties, mais de la force exécutive attachée à tout acte notarié, qui emportait de plein droit hypothèque générale, c'est donc en réalité de la loi que naissait l'hypothèque.

Quant au Code civil, il semble bien avoir adopté le système du droit romain et des coutumes de nantissement. En effet, du moment que l'hypothèque n'est plus engendrée *ipso facto*, par le contrat passé en la forme authentique, il faut nécessairement qu'elle résulte d'un acte distinct. Or, en quoi pourrait bien consister cet acte, si ce n'est dans l'entente intervenue entre le créancier et le débiteur, c'est-à-dire un véritable contrat. Telle paraît d'ailleurs bien être la pensée du Code civil. En effet, l'article 2117 dit que l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des *conventions* et de la forme exté-

rieure des actes et des contrats. D'autre part, l'article 2127 déclare que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte passé en forme authentique.

Ainsi l'hypothèque conventionnelle résulte des *conventions* ; elle doit être *consentie*, ce qui est bien dire qu'elle est le produit de deux volontés, par conséquent, d'une convention¹.

Il faut donc conclure de tout ceci, que la constitution d'hypothèque n'est pas un acte unilatéral, mais un véritable contrat, formé par le concours des volontés du créancier d'une part et d'autre part de celui qui fournit l'hypothèque. Cette remarque a une grande importance, ainsi qu'il sera dit plus loin, au point de vue de savoir si l'hypothèque doit être acceptée par le créancier, et quel peut être l'effet de l'acceptation de l'hypothèque par le notaire pour son client.

Non-seulement l'article 2127 exige un acte authentique pour la constitution de l'hypothèque, mais il veut de plus que l'acte soit passé devant deux notaires, ou un notaire et deux témoins².

Avant d'examiner les divers cas d'application de cette règle, il faut chercher pourquoi la loi exige un notaire, à l'exclusion de tout autre officier public, ayant caractère pour donner l'authenticité aux actes qu'il fait. On pourrait croire que le législateur a simplement cherché à favoriser le monopole des notaires ; cependant, il faut remarquer que, de tous les officiers publics, les notaires sont ceux qui savent le mieux obtenir la confiance des familles, dont ils sont les conseillers souvent écoutés ; on a sans

¹ En ce sens, Laurent, *Principes*, t. XXX, n. 424.

² V. loi du 25 ventôse an XI, art. 9.

doute compté sur leur salutare influence, en même temps que sur leur habitude des affaires, pour empêcher des constitutions d'hypothèques, inopportunes ou dangereuses.

La loi exigeant la présence d'un notaire pour que l'hypothèque puisse prendre naissance, il faut en conclure qu'un procès-verbal de conciliation devant un juge de paix, constaterait inutilement la constitution d'une hypothèque conventionnelle. Cela résulte implicitement de l'article 54 du Code de procédure, disant, que les conventions des parties, insérées au procès-verbal de conciliation, ont seulement *force d'obligation privée*, ce qui ne veut pas dire que le procès-verbal de conciliation n'est pas un acte authentique, mais seulement qu'il ne peut en résulter d'hypothèque conventionnelle.

Si l'hypothèque ne peut être consentie que par acte passé devant deux notaires, ou un notaire et deux témoins, il faut cependant remarquer que la loi du 21 juin 1843, ne rangeant pas la constitution d'hypothèque parmi les actes qui exigent la présence du notaire en second et des témoins instrumentaires (art. 2), cette présence ne doit pas être exigée, malgré l'importance de la convention d'hypothèque.

Une question plus délicate est de savoir si l'acte constitutif d'hypothèque doit rester en minute chez le notaire, ou s'il peut être reçu simplement en brevet.

L'article 2127 du Code civil ne donne aucune indication à cet égard. On serait tenté de décider, qu'à raison de son importance, un pareil acte est de ceux qui doivent être reçus en minute. Tel était, en effet, le vœu qu'exprimaient à ce sujet plusieurs des Facultés de droit consultées, lors de l'enquête administrative de 1841, relative à

la réforme du régime hypothécaire¹. Telle paraît bien être, au premier abord, la solution qui doit ressortir de la loi sur le notariat, qui pose comme règle générale², que les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent, et ce à peine de nullité, et qui, après avoir posé cette règle dans l'article 20, n'y apporte que la modification suivante, dans le même article ainsi conçu : « Ne sont néanmoins compris dans cette disposition les certificats de vie, procurations...., et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet. » L'importance de l'acte d'hypothèque est suffisante pour que l'on ne puisse songer à le faire rentrer dans les actes simples dont parle cet article 20.

Cette solution, à laquelle semble devoir conduire l'application des règles édictées dans la loi de ventôse an XI, est cependant contredite par un article formel du Code civil : d'après l'article 2148, le créancier qui requiert l'inscription doit présenter au conservateur « *l'original en brevet* ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège et à l'hypothèque. » Les mots « *l'original en brevet* » ne peuvent se référer ni à l'hypothèque judiciaire, ni à l'hypothèque légale, qui ne peuvent admettre cette forme; ils s'appliquent donc à l'hypothèque conventionnelle. C'est en ce sens que la Cour d'Alger a jugé qu'une hypothèque pouvait être valablement constituée par une stipulation insérée dans un billet à ordre passé en brevet³.

La loi belge, du 16 décembre 1854, a modifié heureu-

¹ *Docum. hyp.*, t. III, p. 550 et 551 et t. III, p. 297 et suiv.

² Loi 25 ventôse an XI, art. 20 et 68.

³ Alger, 7 mai 1870; Dalloz, 1871, 2, 19.

sement l'article 2148, en faisant disparaître les mots « *original en brevet* » et, comme il n'y a plus de loi permettant de recevoir l'acte d'hypothèque en brevet, il en résulte qu'il doit être reçu en minute, car on ne saurait faire rentrer cet acte dans les actes simples dont parle l'article 20 de la loi de ventôse an XI¹.

On s'est également demandé si, pour emporter hypothèque, l'acte notarié devait être enregistré.

La question ne semble pas faire doute et il faut dire que l'enregistrement n'est pas indispensable à la validité de l'hypothèque. Cependant plusieurs auteurs² ont soutenu le contraire, disant que l'acte notarié ne produisait d'hypothèque que du jour de l'enregistrement. Merlin se fonde sur l'article 9 de la loi du 3 décembre 1790 relative à l'organisation de l'enregistrement, ainsi conçu : « A défaut d'enregistrement dans les délais fixés, un acte, passé devant notaire, ne pourra valoir que comme acte sous-seing privé. L'acte ayant reçu la formalité omise, acquerra la fixité de la date et l'hypothèque à compter du jour de l'enregistrement. »

Mais on ne saurait invoquer cette disposition qui a été abrogée par la loi du 22 frimaire an VII, article 73, ainsi conçu : « Toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement et toutes les dispositions d'autres lois y relatées sont abrogées. »

Merlin objecte que l'article 73 n'a abrogé que les lois relatives au droit d'enregistrement, c'est-à-dire les dispositions fiscales, mais qu'il n'a pas abrogé les disposi-

¹ Laurent, t. XXX, n° 432.

² Grenier, *Hyp.*, I, 17; Merlin, *Rép.*, v° *Enregistrement*, § 4 et v° *Hypothèque*, sect. II, § 3, art. 6, n° 4.

tions concernant la formalité et ses effets juridiques. Cette objection n'est assurément pas fondée; il ne paraît pas admissible que les rédacteurs de la loi du 22 frimaire an VII aient songé à faire une distinction aussi subtile, sans indiquer davantage le fond de leur pensée.

Si, sous l'empire de la loi de 1790, on pouvait soutenir que l'hypothèque n'existait que du jour de l'enregistrement, cela tenait à ce qu'alors l'enregistrement avait pour objet d'assurer l'existence des actes reçus par les notaires, et d'en constater la date (art. 2 et 9). Mais aujourd'hui, toutes les lois rendues sur l'enregistrement sont abrogées par la loi du 22 frimaire an VII (article 73), et l'article 33 de cette loi prononce une simple amende contre le notaire qui a négligé de faire enregistrer son acte, et non plus la perte du caractère authentique pour cet acte. En outre, la loi du 25 ventôse an XI, dans son article 1^{er}, dispose que « les notaires sont des fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. »

L'ensemble de ces dispositions prouve donc, d'une façon évidente, que l'authenticité de l'acte reçu par le notaire, ainsi que la fixité de la date, est aujourd'hui absolument indépendante de l'enregistrement, et que, par conséquent, la constitution de l'hypothèque produit son effet, indépendamment de l'accomplissement de cette formalité.

Les conditions d'authenticité exigées par la loi, pour la constitution de l'hypothèque, sont faciles à appliquer quand le créancier et le débiteur sont présents et parti-

cipent directement au contrat; mais il n'en est pas de même quand les parties, ou l'une d'elles, ne sont pas présentes à la constitution de l'hypothèque. Il faut d'abord étudier l'hypothèse dans laquelle c'est le débiteur qui est absent, puis celle dans laquelle c'est le créancier, l'étude de ces deux questions donnera la solution à adopter, lorsque le créancier et le débiteur sont absents à l'acte d'hypothèque.

Si le débiteur est absent, il pourra donner hypothèque par mandataire, lequel devra être muni d'un mandat authentique.

Telle ne paraît cependant pas, au premier abord, être la solution adoptée par le Code civil. En effet, l'article 1988, relatif au mandat, exige seulement que la procuration soit spéciale, que le mandat soit exprès, « si, dit-il, il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. »

Malgré cette disposition de la loi, il est d'une pratique constante aujourd'hui d'exiger une procuration authentique pour la constitution de l'hypothèque par mandataire; cette pratique est fondée sur ce que plusieurs articles du Code civil, prévoyant des procurations données à l'effet de figurer à la rédaction d'actes qui ne sont valables que si on les fait en la forme authentique, exigent que le mandataire soit porteur d'une procuration expresse et de plus authentique. C'est ainsi que l'article 36 (C. civ.), relatif aux actes de l'état civil, dit que « dans les cas où les parties intéressées ne seront pas obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique. »

C'est dans le même sens que l'article 66 (C. civ.) dit que « les actes d'opposition au mariage seront signés sur

l'original et sur la copie, par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique. »

De même l'article 932 (C. civ.), exigeant que l'acceptation d'une donation entre-vifs soit faite par acte authentique, l'article 933 (C. civ.) décide que la procuration portant pouvoir d'accepter la donation, « devra être passée devant notaires. »

On peut donc poser en règle que, quand la loi exige l'authenticité pour une convention, elle veut que les mêmes formes soient employées dans le mandat donné à l'effet de consentir à cette convention.

Cette interprétation est confirmée par une loi spéciale, la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés, laquelle, exigeant pour certains actes solennels, que les deux notaires ou le notaire et les deux témoins soient présents à la lecture et signature de l'acte (art. 2), ajoute dans le même article que « les procurations, pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçues conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins. »

La jurisprudence est cependant restée longtemps fixée en sens contraire sur cette question. La Cour de cassation avait même décidé dans deux arrêts¹ : que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque et l'acte constitutif de l'hypothèque sont deux choses tout à fait distinctes; qu'en ce qui concerne le mandat, le Code établit comme règle générale : que tout mandat quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous signature privée (art. 1985), et que, s'occupant dans une disposition ultérieure du mandat à l'effet de consentir hypothèque, il ne déroge point

¹ 27 mai 1819 et 5 juillet 1827, Dal., 19, 1, 405 et 27, 1, 295.

à la règle qu'il vient d'établir et se borne à dire que ce mandat doit être exprès (art. 1988); que quant à la constitution d'hypothèque, elle doit être faite par acte authentique, et que rien ne s'oppose à ce qu'elle soit faite en cette forme même par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hypothèque les biens de son mandant.

Mais aujourd'hui la jurisprudence a abandonné son ancienne manière de voir et la Cour de cassation elle-même est revenue, dans plusieurs arrêts, sur son idée première¹.

On ne saurait trop approuver ce changement, et, aux arguments de texte déjà donnés, il faut ajouter que la loi exigeant la forme authentique pour une convention déterminée, dit par là même que c'est en cette forme que doit se manifester le consentement de celui qui fait cette convention. Or, ce n'est pas dans la forme authentique que se manifeste le consentement de la personne que le mandataire oblige, quand ce mandataire, bien que contractant pour le mandant devant notaires, contracte en vertu d'un mandat donné par acte sous-seing privé; car, ce consentement du mandant, qui constitue le contrat lui-même, n'a pas été constaté par le notaire, mais seulement par acte sous-seing privé remis par le mandant au mandataire, acte qui n'a d'effet qu'entre le mandant et le mandataire, mais ne fait pas foi de ce qu'il renferme vis-à-vis des tiers². En réalité, la constitution d'hypothèque par mandataire se compose de deux actes, qui sont comme les deux parties d'un même tout, et exigent par

¹ Paris, 5 juillet 1877, D., 1877, 2, 168; Req., 15 nov. 1880, D., 1881, 1, 118; Civ., 29 juin 1881, D., 1882, 1, 10.

² Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n° 94 bis-V.

conséquent les mêmes conditions de validité; elle se compose non-seulement de l'acte par lequel le mandataire consent l'hypothèque au nom du mandant, mais encore et surtout de l'acte par lequel le mandant manifeste sa volonté de consentir l'hypothèque. Si ces actes n'étaient pas tous deux authentiques, le but que la loi se propose en exigeant l'intervention du notaire, ne serait pas pleinement atteint, elle a cherché en effet, par ce moyen, à assurer la stabilité au droit d'hypothèque et à le rendre indiscutable; or, si le mandat pour consentir hypothèque pouvait être donné par acte sous-seing privé, les parties intéressées pourraient contester l'écriture et la signature du mandant, mettre en doute le consentement même donné par celui-ci et rendre ainsi incertain le droit que la constitution d'hypothèque a eu pour objet de créer.

L'acte authentique a également pour but, a-t-il été dit plus haut, d'attirer l'attention du constituant sur la gravité de l'engagement qu'il prend en consentant une hypothèque; or, si le débiteur pouvait consentir un tel droit, par acte sous-seing privé, ce but ne serait pas atteint.

La loi Belge s'est montrée plus explicite sur ce sujet, elle a tranché la question dans le même sens que la jurisprudence française dans son état actuel. Dans son article 76, qui remplace l'article 2127 du Code civil, elle modifie d'une part, l'exigence de cet article, relativement à la nécessité d'un acte notarié, et d'autre part, décide que le mandat doit être donné en la forme authentique. Il suffit, d'ailleurs, de lire le texte de cet article, pour en comprendre la portée : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique, ou par acte sous-seing privé, reconnu en justice ou devant notaire.

« Les procurations à l'effet de constituer hypothèque, doivent être données dans la même forme. »

Il faut maintenant examiner le cas dans lequel l'hypothèque a été constituée en l'absence du créancier, et se demander si l'acceptation de ce dernier sera nécessaire et devra être faite par acte authentique.

La constitution d'hypothèque étant un véritable contrat, ainsi que cela a été précédemment établi, n'est réellement parfaite qu'à la suite de l'acceptation du créancier. Le consentement du constituant ne suffirait donc pas pour créer l'hypothèque, dont il ne pourrait pas imposer le bénéfice au créancier, pas plus que le donateur ne peut imposer le bénéfice de la donation au donataire. L'hypothèque, comme la donation (art. 932 C. civ.), n'existera que du jour de l'acceptation du créancier. Il faut rechercher, maintenant, quelle devra être la forme de cette acceptation postérieure, soit qu'elle émane du créancier lui-même, soit qu'elle émane d'un mandataire.

Puisque le consentement du créancier est une partie essentielle de la constitution d'hypothèque, il faut décider que ce consentement doit être donné par acte authentique, aussi bien lorsqu'il est postérieur au contrat que lorsqu'il est donné au moment même de sa formation, car, il n'y a aucune raison de distinguer entre ces deux hypothèses¹ (par analogie, art. 932 C. civ.). Il faut également décider que la procuration donnée par le créancier, à un mandataire, à l'effet d'accepter l'hypothèque, devra résulter d'un acte passé en la forme authentique; cela résulte des règles générales posées plus haut, relativement au mandat donné par le constituant à l'effet de con-

¹ En ce sens, *Zachariæ*, t. II, p. 140.

sentir une hypothèque. Cela résulte par analogie de l'article 933 du Code civil, qui décide que l'acceptation de la donation ne peut être faite par un mandataire qu'en vertu d'une procuration authentique.

Telle n'est pas, cependant, la solution généralement suivie par les auteurs et par la jurisprudence.

On décide, ordinairement, qu'il n'est pas nécessaire que le créancier accepte l'hypothèque qui lui est donnée, ou bien que son acceptation peut être tacite, et résulter, par exemple, du seul fait de l'inscription¹.

C'est en ce sens qu'est conçu l'arrêt de la Cour de cassation du 5 août 1839. La concession d'une hypothèque, y est-il dit, est, de la part du débiteur, une *obligation unilatérale*, dont la validité n'est subordonnée ni à la présence du créancier à l'acte, ni à une acceptation ultérieure de sa part; l'acceptation du créancier est suffisamment manifestée quand il fait inscrire l'hypothèque. La Cour considère également que dans cette hypothèse, aucun article de loi n'oblige le créancier à accepter, par acte notarié, cette constitution d'hypothèque, que l'article 2127 ne dit rien à ce sujet, et que rien n'autorise à étendre à l'hypothèque la disposition de l'article 932, qui exige que le mandat à l'effet d'accepter une donation soit donné par acte authentique.

C'est guidé par les mêmes considérations, que l'on décide que le notaire peut accepter valablement l'hypothèque au nom de son client absent. A ceux qui contestent la légalité de cette intervention du notaire, dans un acte où il joue à la fois le rôle de partie et d'officier ministé-

¹ P. Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 659; Civ., rej., 5 août 1839, Sirey, 39, 1, 753; Chambéry, 20 février 1872; Dall., 1873, 2, 146.

riel, on répond que, même en considérant comme illégale l'intervention du notaire dans un acte qu'il reçoit, il faudrait dire que comme il s'agit d'un engagement *unilatéral*, engagement qui pouvait être pris par le débiteur seul, l'acceptation du notaire n'est ici qu'une chose inutile qui, comme telle, ne doit pas vicier la convention « *utile per inutile non vitiatur*. »

Il faut repousser ces solutions qui sont le résultat d'une erreur manifeste, laquelle consiste à croire que l'hypothèque est un acte unilatéral, dépendant de la seule volonté du constituant, alors que c'est un véritable contrat. C'est ce que la Cour de Toulouse avait bien compris¹, lorsqu'elle décidait que si le créancier n'avait pas été présent à l'acte constitutif de l'hypothèque, il fallait qu'il acceptât par acte authentique, et que l'hypothèque n'avait effet que du jour de son acceptation. Elle faisait reposer cette solution d'une part, sur l'idée que pour la constitution de l'hypothèque comme dans tout contrat même unilatéral, le concours de deux volontés est nécessaire pour constituer l'obligation, celle de la partie qui s'oblige à concéder l'hypothèque, et celle de la partie au profit de qui la constitution d'hypothèque est faite; tant que ces deux volontés ne se sont pas rencontrées, il n'y a rien de définitif, mais seulement une pollicitation qui peut être rétractée. La Cour s'appuyait, d'autre part, sur l'idée que quand un contrat est assujéti à une forme solennelle, il est nécessaire que l'acceptation ait le même caractère (art. 932).

C'est également parce que la constitution d'hypothèque n'est pas un simple acte unilatéral, mais un véritable

¹ Toulouse, 31 juillet 1830, Dall., *Rép.*, v^o *Privil. et hyp.*, n^o 1264.

contrat, qu'il faut décider que l'intervention du notaire n'est pas possible et que l'on ne saurait appliquer la règle *utile per inutile...* et dire que l'acceptation du débiteur étant inutile, l'intervention du notaire est également une chose inutile qui n'a pu vicier le contrat.

L'intervention du notaire est d'ailleurs généralement tenue pour illégale, par ceux-là même qui veulent appliquer la règle *utile...*, quand le notaire ne s'est pas contenté d'accepter l'hypothèque pour son client, mais quand il a agi, dit-on, à la fois comme officier public et comme mandataire ou *negotiorum gestor*; par exemple, si non-seulement il a accepté l'hypothèque, mais en outre s'est indiqué à l'acte comme ayant, au nom du créancier absent, compté à titre de prêt les fonds à l'emprunteur, et donné le consentement au prêt et à ses conditions¹. Cette distinction n'est pas admissible, c'est dans tous les cas que l'intervention du notaire, acceptant l'hypothèque, vicie le contrat, car c'est toujours comme mandataire ou gérant d'affaires qu'il donnera le consentement du créancier à la constitution de l'hypothèque, elle ne peut être admise que par ceux-là qui considèrent le contrat d'hypothèque comme un acte unilatéral.

Telle est la mesure dans laquelle l'authenticité est requise pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle; si les formalités exigées par la loi n'ont pas été remplies, l'acte sera radicalement nul. Ainsi donc l'hypothèque, constituée par acte sous-seing privé ou par acte authentique nul en la forme, doit être déclarée inexistante. Cela résulte certainement de l'article 2127, qui dit que l'hypothèque conventionnelle ne peut être

¹ P. Pont, *Privil. et hyp.*, t. II, n° 659; Cour de cass., 3 août 1847, D. 47, 1, 305.

consentie que par acte passé en forme authentique. Bien que cet article ne dise pas expressément qu'un tel acte sera nul, cela va sans dire, car la forme est de la substance de l'acte.

L'hypothèque étant inexistante, il en résulte qu'aucun laps de temps ne pourra la faire valoir, que le créancier auquel elle a été consentie ne pourra pas en acquérir la validité par la prescription. Il en résulte notamment qu'une telle constitution d'hypothèque ne pourra pas être confirmée (art. 1339), on ne confirme pas le néant. D'ailleurs, la confirmation n'aurait, le plus souvent, pour l'hypothèque, aucune raison d'être, car si la confirmation rétroagit, en principe, c'est sans préjudice du droit des tiers (art. 1338-3°); or, l'hypothèque, n'ayant en général d'effet qu'à l'égard des tiers, il n'y aurait qu'une utilité minime à la confirmer, puisqu'elle ne pourrait avoir effet qu'à partir de l'acte confirmatif, l'avantage serait d'éviter la confection d'un nouvel acte constitutif d'hypothèque. Cette confirmation n'aurait de réelle utilité que dans les cas particuliers où il peut être avantageux, pour le créancier, d'invoquer l'existence de l'hypothèque dans ses rapports avec son débiteur.

Mais, si l'acte sous-seing privé par lequel on a voulu constituer une hypothèque est nul, il n'en est pas de même de l'acte sous-seing privé constatant une simple promesse d'hypothèque. Une telle convention n'a rien d'illégal en soi, et comme il ne s'agit pas ici d'une constitution d'hypothèque, l'article 2127 n'est plus applicable; dès lors cette convention est régie par les principes généraux¹. Sur la sanction d'une pareille promesse, il

¹ En ce sens, P. Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 658; Pau, 16 juillet 1852, Dall., 1854, 2, 205; Req., 5 nov. 1860, Dall., 1861, 1, 301.

n'y a pas de difficulté, lorsque le débiteur consent de bon gré à constituer, dans la forme légale, l'hypothèque promise; l'hypothèque naîtra alors, non pas de la promesse, mais de l'acte postérieur passé devant notaires. Mais, si le débiteur refuse d'exécuter sa promesse, le créancier n'aura d'autre ressource que de le poursuivre et d'obtenir contre lui un jugement de condamnation, en vertu duquel il aura une hypothèque judiciaire.

Au premier abord, on ne voit peut-être pas bien l'utilité pratique d'une telle promesse, lorsque la dette est reconnue par acte sous-seing privé, puisque, grâce à une action en reconnaissance ou vérification d'écriture, le créancier peut alors obtenir une pareille hypothèque judiciaire (art. 2123). Cependant, cette promesse peut avoir utilité à un double point de vue : d'abord, elle permettra au créancier d'obtenir la résolution du contrat pour inexécution des conditions (art. 1184), si le débiteur refuse de constituer l'hypothèque promise; en deuxième lieu, si le créancier préfère obtenir un jugement condamnant son débiteur à lui constituer hypothèque, il pourra toujours, grâce à ce jugement, prendre inscription de l'hypothèque immédiatement, tandis que, depuis la loi du 3 septembre 1807, le créancier qui agit en reconnaissance ou vérification d'écriture, ne peut, en principe, inscrire son hypothèque judiciaire que du jour de l'échéance de la dette.

L'acte sous-seing privé ne peut donc jamais engendrer l'hypothèque, il ne faut pas admettre d'exception à cette règle, qui est applicable même au cas où l'acte sous-seing privé aurait été déposé chez un notaire, qui aurait dressé procès-verbal du dépôt.

Les auteurs qui admettent la solution contraire se fon-

dent sur l'ancien droit ¹. Pothier ², il est vrai, admet que les actes de cette nature produisent hypothèque. Mais si la décision de Pothier est en harmonie avec notre ancienne législation qui faisait découler l'hypothèque, non de la stipulation des parties, mais de la seule forme du contrat, elle est en contradiction absolue avec les règles nouvelles établies par le Code civil. En effet, l'hypothèque aujourd'hui ne résulte plus de la forme extérieure des actes et contrats, mais de la convention des parties, constatée dans des formes déterminées.

Donc, ou bien l'acte sous-seing privé déposé chez le notaire contenait une véritable constitution d'hypothèque, ou bien il était muet sur ce point : dans le premier cas, la constitution nulle *ab initio* pour défaut de forme ne pourra valoir, par la suite, grâce à la formalité du dépôt; dans le second, l'hypothèque ne peut exister, puisqu'elle ne saurait prendre naissance sans le consentement des parties. Telle est la conclusion qui s'impose; si l'on veut appliquer à la solution de cette question les règles nouvelles établies par le Code civil sur la constitution de l'hypothèque. C'est pour avoir perdu de vue ces innovations, et cru que l'hypothèque résultait toujours de la forme de l'acte notarié, que les orateurs qui ont discuté sur ce point au Conseil d'État (Duchâtel, Berlier, Treilhard, etc.) sont tombés dans une étrange confusion, et ont paru adopter la solution contraire ³. En effet, M. Duchâtel demandait que l'on déclarât, dans l'article 2127, que les *reconnaisances de signatures faites devant notaires emporteraient hypothèque, comme le décide l'article 2123*

¹ P. Pont, t. II, n° 661.

² Pothier, *De l'hyp.*, n° 19.

³ V. Fenet, t. XV, p. 360 et s.

pour les reconnaissances de signatures par jugement. Cette proposition fut repoussée, non pas que, d'après certains orateurs, cette disposition parût inopportune dans l'article 2127, mais parce qu'ils considéraient qu'elle s'y trouvait déjà et qu'il était, dès lors, sans objet de l'y introduire une deuxième fois, car, disait M. Berlier, « s'il s'agit d'un titre sous-seing privé, que toutes les parties intéressées aient porté à un notaire, pour lui donner la forme authentique par la transcription, l'annexe ou une nouvelle rédaction, l'article en discussion suffit; car l'*acte notarié donne ouverture à l'hypothèque*, et, dès ce moment, elle peut être acquise en observant les formalités présentées par la loi¹. »

Pour terminer avec les questions de forme relatives à la constitution de l'hypothèque conventionnelle, il faut rechercher quelle peut être, en France, la valeur des contrats d'hypothèque passés à l'étranger.

La solution de cette question se trouve dans l'article 2128, ainsi conçu : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. » Donc, en règle générale, on ne peut pas constituer hypothèque par un acte passé à l'étranger.

On comprend facilement que les actes passés à l'étranger, ne puissent avoir force exécutoire en France, c'est une règle fondée sur le droit public. Les actes s'exécutent au nom du chef de l'État, c'est-à-dire au nom de la souveraineté nationale; or, les pouvoirs du souverain d'un État s'arrêtent à la frontière et sont limités par les

¹ Fenet, *loc. cit.*

pouvoirs du souverain de l'État voisin. C'est en ce sens que l'article 546 du Code de procédure dit : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du Code civil. » Mais où l'article 2128 va trop loin, c'est quand il déclare impossible la constitution, à l'étranger, d'une hypothèque sur un immeuble situé en France.

Si l'on refuse à ces constitutions d'hypothèques faites à l'étranger, d'avoir effet sur les biens situés en France, ce n'est pas parce que l'on a considéré ces actes comme non authentiques; car, il résulte du Code civil lui-même, que les actes passés à l'étranger, dans les formes du pays, peuvent avoir, en France, le caractère authentique : c'est ainsi que l'article 999 C. civ., qualifie d'actes authentiques, les testaments des Français reçus en pays étranger, par des officiers publics et suivant les lois du pays. Les actes de célébration de mariage entre Français, ou entre Français et étrangers, et les autres actes de l'état civil, reçus en pays étranger par des officiers publics et conformément aux lois du pays, sont pareillement des actes publics (art. 47 et 170 C. civ.).

Il résulte de l'article 2128 une conséquence bizarre, à savoir que celui qui serait muni d'un titre authentique passé à l'étranger, et contenant une convention d'hypothèque, serait dans une moins bonne situation en France, que celui qui aurait un titre sous-seing privé, passé à l'étranger sans aucune convention d'hypothèque. En effet, ce dernier pourrait, même avant l'échéance, agir en reconnaissance d'écriture et obtenir un jugement emportant hypothèque judiciaire à son profit (art. 2123), tandis que

l'on ne saurait accorder au porteur d'un acte authentique, reçu à l'étranger, le droit d'agir en reconnaissance d'écriture devant un tribunal français, attendu que l'on refuse généralement ce droit au porteur d'un acte authentique reçu en France¹.

Il faut donc reconnaître que l'article 2128 est injustifiable, son existence est due à une erreur des rédacteurs du Code, qui ont confondu l'effet de la convention d'hypothèque avec la force exécutoire de l'acte indépendamment de tout jugement, et l'erreur dans laquelle ils sont tombés ne peut s'expliquer qu'historiquement. Ils ont reproduit maladroitement la disposition de l'article 121 de l'ordonnance du 13 janvier 1629, due à Michel de Marillac garde-des-sceaux, ordonnance surnommée par dérision le *code Michau*, laquelle resta sans exécution, et dont l'article 121 subsista seul; d'après cet article, « les contrats et obligations reçus ès-royaumes et souverainetés étrangères » n'avaient *aucune hypothèque ni exécution en France*. Cette solution était logique, car on faisait alors découler de plein droit l'hypothèque de la force exécutoire de l'acte, et il était donc naturel que l'acte étranger qui n'était point exécutoire en France, n'emportât pas non plus hypothèque sur les immeubles situés dans notre pays. Mais, dans le système du Code civil, ainsi que cela a déjà été dit, l'hypothèque ne résulte plus, de plein droit d'un acte notarié, mais seulement de la volonté des parties, et c'est par une inexactitude de langage, vestige de l'ancien droit, que l'article 2117 dit que l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et *de la forme* des actes et des

¹ Trib. de la Seine, 1^{er} déc. 1877.

contrats; car l'hypothèque ne dépend plus de la forme de l'acte, mais de la convention rédigée dans une forme déterminée; il n'y a donc plus de raison pour que cette hypothèque ne résulte pas de la volonté exprimée dans un acte reçu en pays étranger, aussi bien que de la volonté exprimée dans un acte reçu en France.

La propriété peut être transférée par suite d'un acte passé à l'étranger, et on ne voit pas pourquoi la constitution de l'hypothèque au moyen d'un pareil acte est absolument prohibée.

Il y a plus, il peut arriver qu'une hypothèque ou un privilège existe sur un immeuble situé en France, et cela en vertu d'un acte reçu à l'étranger, ainsi, si quelqu'un vend en Belgique un immeuble situé en France, et que la vente soit constatée par un acte reçu par un notaire belge, si cet acte est transcrit en France, il en résulte au profit du vendeur un privilège (le privilège du vendeur, art. 2103-1° C. civ.), c'est-à-dire une hypothèque privilégiée, qui prend naissance, grâce à un acte reçu, à l'étranger. De même, le testament reçu par un officier public étranger, est valable en France, et les légataires peuvent invoquer l'article 1017 (C. civ.) pour faire inscrire l'hypothèque qui résulte à leur profit du legs qui leur a été fait.

Avant de terminer avec l'examen de l'article 2128, il faut expliquer, en deux mots, la portée de l'exception à la règle qu'il pose, exception ainsi formulée dans sa dernière disposition «... S'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. »

Il est difficile de dire ce que les législateurs ont entendu ici par les lois politiques. Il n'y a pas de lois internationales, les rapports entre peuples souverains se réglant

par des conventions. Une loi particulière pourrait, il est vrai, porter atteinte au principe posé par l'article 2128, mais on ne voit pas pourquoi on la qualifierait de loi politique. Il ne saurait d'ailleurs s'agir que d'une loi française.

Il n'existe pas de loi, ayant permis aux contrats d'hypothèque passés à l'étranger, d'avoir leur effet en France.

Quant aux traités, il n'y en a qu'un, celui du 24 mars 1760, passé entre la France et la Sardaigne, et encore en vigueur sur ce point. L'article 2 déclare que les hypothèques par acte public ou judiciaire passé en France, pourront produire effet en Sardaigne et réciproquement.

Dans tous les projets de réforme du régime hypothécaire, on a proposé de modifier l'article 2128 et de permettre à l'hypothèque de résulter, sous certaines conditions, d'un acte passé à l'étranger¹. La Cour de Pau notamment disait : « Il semble que les contrats passés en pays étranger devraient donner hypothèque sur les biens de France, lorsqu'elle a été stipulée. Il n'y a aucune bonne raison pour leur refuser cet effet. Il tient plus au droit des gens qu'au droit civil. Tous les peuples sont intéressés à faire respecter les engagements, en quelque pays qu'ils aient été contractés, lorsqu'ils ne sont d'ailleurs contraires ni à la loi, ni aux mœurs, ni à l'ordre public qui sont ici sans intérêt². »

Les projets de réforme, longtemps élaborés chez nous sans résultat, ont fini par prendre corps dans la loi Belge, qui a apporté sur ce point une heureuse innovation, en

¹ *Doc. hyp.*, t. III, p. 300 et s.; Cours d'Angers, de Montpellier, de Pau, de Rouen et de Rennes. — En ce sens également l'article 2118 du projet préparé en 1851 pour la deuxième délibération.

² *Doc. hyp.*, t. III, p. 303.

décidant que, l'hypothèque constituée à l'étranger sur des immeubles situés en Belgique, pourrait avoir effet en Belgique. Voici comment s'exprime à ce sujet l'article 77 de cette loi, qui remplace l'ancien article 2128 du Code civil : « A défaut de disposition contraire dans les traités ou dans les lois politiques, les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'effet à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens. »

L'article 77 ne déroge pas à l'article 546 (C. pr.), il ne donne pas force exécutoire aux actes reçus à l'étranger, par cela seul qu'ils sont authentiques et que le président l'a constaté, il dit seulement que ces actes ont effet à l'égard des biens situés en Belgique, c'est-à-dire qu'ils font naître l'hypothèque, effet qu'ils n'avaient pas en vertu de l'article 2128 (C. civ.). Le visa du président ne saurait donner à ces actes la force exécutoire, car d'après l'article 546 (C. pr.) il faut un jugement pour rendre exécutoire l'acte reçu par un officier public étranger. Donc, pour exécuter l'acte d'hypothèque, le créancier devra se conformer à l'article 546 (C. pr.) et obtenir un jugement le déclarant exécutoire ¹.

Cet article exige que l'acte constitutif d'hypothèque ait été passé en la forme authentique, il ajoute en effet : « Ce magistrat (le président) est chargé de vérifier si les actes et les procurations qui en sont le complément, réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus. »

Enfin l'article termine en disant : « L'appel de la décision

¹ Laurent, t. XXX, n° 456.

du président sera interjeté par requête adressée à la Cour, qui statuera comme en matière d'appel de référé. »

Où le président cherchera-t-il la preuve de l'authenticité de l'acte ?

M. Martou¹ prétend que c'est dans les législations qui y ont été apposées par les autorités politiques.

Cette manière de voir semble, avec raison, fort contestable à M. Laurent². « Le visa, dit-il, ne serait d'après cela qu'une pure formalité, le président ne faisant que constater que l'acte a été légalisé. Ce n'est pas là ce que veut la loi; elle veut qu'il soit judiciairement constaté que l'acte est solennel; or, la légalisation des autorités politiques ne constate que la vérité des signatures et non l'observation des formes exigées pour l'authenticité de l'acte. »

On objectera peut-être que le président ne peut connaître toutes les lois étrangères et savoir si oui ou non elles ont été observées. Il faut répondre que c'est le créancier hypothécaire qui demande le visa, qui devra prouver l'authenticité de l'acte qu'il produit et faire connaître les lois conformément auxquelles l'acte a été passé.

¹ Martou, t. III, n° 989.

² Laurent, t. XXX, n° 457.

CHAPITRE II.

Énonciations qui doivent être contenues dans l'acte
constitutif de l'hypothèque.



Pour que l'acte constitutif d'hypothèque soit valable, il ne suffit pas que les parties aient rédigé leur convention hypothécaire dans les formes indiquées au précédent chapitre; il est indispensable, en outre, que l'acte contienne certaines énonciations, dont l'ensemble constitue ce que l'on appelle la *spécialité* de l'hypothèque conventionnelle.

En droit romain, la constitution d'hypothèque n'était soumise à aucune condition de spécialité. En d'autres termes, il était loisible aux parties de stipuler que l'hypothèque porterait sur tels ou tels biens du débiteur, ou sur tous ses biens dans le droit classique, les biens à venir pouvaient être hypothéqués, mais il fallait pour cela une convention expresse, convention qui était habituellement jointe à la constitution d'hypothèque générale sur les biens présents¹. Sous Justinien, au contraire, l'hypothèque que

¹ L. 15, § 1, D., *De pign. et hyp.*, liv. XX, tit. 1.

le débiteur accorde sur tous ses biens est présumée s'étendre aux biens à venir¹. Le principe de la spécialité n'était pas davantage respecté quant à la créance garantie par l'hypothèque, la loi ne donnait aux tiers aucun moyen pour arriver à connaître, d'une façon certaine, le montant de la dette hypothécaire.

Notre ancienne législation n'avait établi aucune innovation sur ce point. L'hypothèque produite par l'acte notarié s'étendait à tous les immeubles du débiteur; elle était donc générale. Seules, les coutumes dites de nantissement, admettaient une sorte de spécialisation, puisque le créancier était obligé de faire enregistrer son contrat dans les diverses justices où étaient situés les héritages hypothéqués. Mais on peut dire que la spécialisation concernait ici le mode de publicité, plutôt que la constitution elle-même de l'hypothèque.

La spécialité de l'hypothèque est l'œuvre de la législation intermédiaire. Elle n'était pas inscrite dans la loi de messidor qui ne consacrait que le principe de la publicité. Ce fut la loi du 11 brumaire an VII qui proclama et organisa la spécialité. En deux mots, la spécialité de l'hypothèque conventionnelle se résume ainsi : 1° indication précise des immeubles hypothéqués ; 2° détermination du montant de la créance hypothécaire.

On aperçoit aisément le but auquel tend la spécialité; elle a en vue de favoriser le crédit hypothécaire. En effet, l'hypothèque étant limitée à un ou plusieurs immeubles déterminés, le débiteur n'épuise plus son crédit d'un seul coup, il n'en use que dans la mesure nécessaire à la garantie du créancier et conserve ses autres immeubles

¹ Loi 9, C., *Quæ res*, liv. VIII, tit. xvii.

absolument libres. Le créancier, de son côté, ne peut se plaindre de voir son droit limité à un immeuble déterminé, lorsque ce bien est suffisant pour lui assurer le paiement de sa créance; grâce à l'indication des immeubles qui lui sont affectés et du montant des créances qu'ils garantissent, il voit de suite si l'hypothèque qui lui est offerte est suffisante. Malgré ses avantages qui paraissent incontestables, la spécialité ne fut inscrite dans notre Code, qu'après une discussion au cours de laquelle de très bons esprits se firent les défenseurs de la généralité, telle qu'elle était consacrée par notre ancien droit¹.

Il serait inutile d'insister davantage sur cette question si encore, de nos jours, certains auteurs ne s'étaient élevés contre la règle de la spécialité.

M. Huc², que l'on trouve au premier rang des adversaires de la spécialité, conteste tous les avantages que l'on a coutume de lui attribuer. A son avis, le seul mérite qu'elle présente, c'est que grâce à cette règle, le débiteur n'est pas forcément tenu d'hypothéquer, pour un prêt de médiocre importance, des immeubles libres, trop considérables³. Il est vrai que, pour atténuer l'importance de cette concession, l'auteur se hâte d'ajouter que c'est là une hypothèse fort rare, car un pareil emprunteur aura toujours du crédit et ne subira pas la loi du créancier. Enfin, il ajoute que si le Code civil a adopté la spécialité, c'est parce qu'elle était une conséquence forcée de la publicité qu'il avait admise.

Il est difficile de partager sur ce point, l'opinion de

¹ V. Fenet, t. II, p. 615 et s. (Obs. du Trib. de cass.).

² *Étude sur le régime hypothécaire*, Toulouse, 1867, et dans son commentaire du Code civil italien.

³ V. notamment Huc, *Code civil italien*, p. 228 et s.

l'éminent professeur, et il certain que la règle de la spécialité a singulièrement amélioré notre régime hypothécaire, ainsi que cela résulte des avantages qu'elle présente et qu'il faut examiner en quelques mots.

On doit tout d'abord observer que, si la spécialité n'était pas imposée par la loi aux parties, le créancier, maître des conditions du contrat, ne manquerait jamais de stipuler une hypothèque générale. Et ce n'est pas là une pure hypothèse : cette observation a été faite en excellents termes par un de nos anciens auteurs, Loyseau, qui nous montre comment, par une progression constante, la pratique avait fatalement conduit à ce résultat fâcheux. Après avoir montré comment s'était introduit rapidement, à Rome, l'usage de stipuler une hypothèque générale, qui, à la longue, finit par comprendre même les biens à venir, Loyseau ajoute : « Et encore, en France, on a bien passé plus outre; car parce qu'en tous les contrats, par un stile ordinaire des Notaires, on s'est accoutumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens, on a enfin tenu pour règle, Que tous les contrats portoient hypothèques sur tous les biens, comme cette clause estant sous-entenduë si elle avoit été omise¹. » Ce qui s'est passé dans notre ancien droit, montre bien ce que serait la pratique actuelle, si elle n'avait été arrêtée dans ses tendances par la règle bienfaisante de la spécialité : il n'y aurait plus d'hypothèque spéciale, et dans tous les contrats la clause de constitution d'hypothèque générale serait devenue de style.

Cette observation suffit pour justifier l'innovation consacrée par le Code. Et que l'on ne vienne pas essayer

¹ Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. III, ch. 1, nos 14 et s.

d'en affaiblir l'importance, en prétendant que l'application de cette nouvelle règle sera fort rare en pratique. C'est là une pure affirmation, qui ne repose sur aucun fait nettement établi. On ne saurait, en effet prétendre, que ce ne sera que fort rarement qu'un emprunteur, ayant des immeubles libres d'une certaine valeur, aura recours au prêt hypothécaire, pour se procurer une somme de médiocre importance. C'est, au contraire, un fait très fréquent dans la pratique, où les prêts sur hypothèque prennent tous les jours un développement plus considérable. Pour rentrer dans la vérité, il faudrait dire que sous l'empire du Code, il n'est pas fréquent de voir un individu hypothéquer individuellement tous ses biens présents, puis ses biens à venir, et arriver ainsi à un résultat analogue à celui produit par l'hypothèque générale, tandis que la clause d'hypothèque spéciale affectant un ou quelques-uns des immeubles du débiteur est devenue la règle habituelle.

De tout cela, il résulte donc, bien que la règle de la spécialité a non-seulement une valeur théorique, mais encore une grande utilité pratique. Pour en comprendre tous les avantages, il suffira d'énumérer les résultats qu'elle produit :

1° Elle ménage le crédit du débiteur, en forçant le créancier à cantonner son hypothèque sur des immeubles déterminés d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de sa créance;

2° Elle assure et fortifie, tout en le limitant, le droit du créancier; grâce à elle, en effet, le créancier n'aura pas besoin, d'une part, de chercher quelles sont toutes les créances hypothécaires qui grèvent son débiteur, et, d'autre part, quelle est la valeur totale de ses im-

meubles. Il saura de suite si la garantie offerte est suffisante;

3° Elle simplifie la procédure hypothécaire, en rendant moins fréquent le concours des créanciers sur le même immeuble;

4° Elle favorise le crédit public en général, en aidant à faire connaître exactement dans quelle mesure les biens du débiteur sont frappés par l'hypothèque.

D'après M. Huc, ce serait surtout la spécialité envisagée comme complément de la publicité, et servant à faire connaître exactement aux tiers la mesure du crédit du débiteur, qui aurait touché les rédacteurs du Code et qui les aurait décidés à admettre cette innovation. Peu importe que ce soit pour ce motif ou pour un autre que le législateur moderne ait adopté cette règle, ce qui est important à noter, c'est que la spécialité n'a pas pour seul avantage de conduire à la publicité. D'ailleurs, ainsi que le fait très bien remarquer M. Colmet de Santerre, il faut se garder de confondre la spécialité de l'hypothèque avec la spécialité de l'inscription : l'une peut aller sans l'autre. On comprendrait fort bien un système hypothécaire qui exigerait la spécialité de l'inscription, sans l'imposer à la constitution de l'hypothèque et dans lequel : « le débiteur pourrait hypothéquer tous ses immeubles à titre universel, tandis que le créancier devrait prendre inscription sur chacun des immeubles distinctement. Telle n'est pas la règle du Code civil; mais on comprend qu'il pourrait en être ainsi; dès lors on ne saurait trouver la raison de la spécialité de la constitution d'hypothèque dans les nécessités du principe de publicité ¹ ».

¹ Demante et Colmet de Santerre, t. IX, n° 96 bis-II, p. 186.

. Après avoir ainsi essayé de justifier la spécialité et de montrer les avantages qui en découlent, il faut examiner comment le Code l'a organisée.

Une première section sera donc consacrée à l'étude du principe de la spécialité appliqué aux biens, et une seconde section aura pour objet l'étude du même principe appliqué à la créance.

SECTION I.

Spécialité quant aux biens hypothéqués.

L'article 2129 pose le principe de la spécialité quant aux biens, il veut que l'acte notarié « déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance ».

La spécialisation doit être faite par acte notarié, car il résulte de l'article 2129, que la déclaration par laquelle le débiteur fait connaître les biens qu'il hypothèque, doit se trouver « soit dans le *titre authentique* constitutif de la créance, soit dans un *acte authentique* postérieur », c'est-à-dire dans le contrat d'hypothèque quand il est distinct du contrat principal. Si la loi exige que la spécialisation se fasse dans la forme authentique, c'est une conséquence de la solennité de l'acte, dont tous les éléments doivent être solennels.

La spécialité étant de l'essence même de l'hypothèque conventionnelle, les énonciations relatives à la spécialisation des immeubles hypothéqués, qui sont exigées à peine de nullité, doivent être faites dans le titre même

constitutif de l'hypothèque, ou dans un acte authentique postérieur se confondant avec lui, et à partir duquel seulement l'hypothèque est réellement constituée; il en résulte que l'on ne peut suppléer à l'insuffisance des énonciations de l'acte constitutif de l'hypothèque par les énonciations faites plus tard dans l'inscription.

Pour l'inscription, l'article 2148 énumère les énonciations qui doivent y figurer, et parmi elles se trouve : « L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il (le créancier) entend conserver son privilège ou son hypothèque ». Mais il faut bien se garder de confondre la constitution d'hypothèque avec l'inscription. La loi pose deux règles distinctes, la spécialité et la publicité, et bien que ces deux règles concourent en définitive au même but, qui est de créer l'hypothèque et de lui faire produire effet, elles ont cependant chacune leur utilité propre; la réunion des conditions exigées par la loi pour la spécialité et des conditions de forme indiquées par l'article 2127, permet au droit d'hypothèque de naître; l'observation des conditions relatives à la publicité, rend cette hypothèque opposable aux tiers et lui permet ainsi de produire l'effet en vue duquel elle est créée.

En effet, il résulte de l'article 2129 que l'hypothèque est nulle si l'acte notarié ne spécialise pas les immeubles sur lesquels elle est établie. L'hypothèque étant nulle faute de spécialité, on comprend que l'inscription ne puisse lui donner effet et la rendre valable, car l'inscription ne crée pas l'hypothèque, elle la rend simplement publique et opposable aux tiers; or, lorsqu'aucun droit n'existe, il ne peut être question de le rendre opposable à qui que ce soit. Réciproquement, l'hypothèque étant valablement constituée, il pourrait arriver que l'inscrip-

tion fût nulle, faute d'avoir accompli toutes les formalités requises par l'article 2148.

L'hypothèque existe donc indépendamment de l'inscription dont le seul effet est de la rendre opposable aux tiers.

Aux termes de l'article 2129, la spécialisation des immeubles consiste dans la double indication de la *nature* et de la *situation* des biens hypothéqués.

La nature ou, ce qui est la même chose, l'espèce de l'immeuble, consiste dans son état de superficie, dans sa qualité de pré, vigne, houblonnière, terre labourable, etc.

On entend par situation d'un immeuble, la place qu'il occupe dans telle commune ou autre circonscription territoriale, ou dans telle ville, dans telle rue et à tel numéro. Mais dans tous les cas, il faudra que la situation soit déterminée de façon que l'immeuble soit désigné d'une manière suffisamment claire et précise; le notaire indiquera le nom de l'immeuble s'il en a un, ce qui est fréquent pour les biens situés à la campagne, on indiquera les tenants et les aboutissants. Mais, cette indication de la situation, doit toujours être faite d'une manière spéciale pour chacun des immeubles hypothéqués.

Les prescriptions de la loi sont d'une exécution facile quand le débiteur hypothèque un seul de ses immeubles; mais la question présente de graves difficultés, quand le débiteur hypothèque soit un corps de domaine ou de ferme composé de plusieurs bâtiments, de prés, de terres, etc., faisant partie d'une même exploitation, soit une généralité d'immeubles, par exemple, tous les biens qu'il possède dans telle commune.

Dans cette dernière hypothèse il ne peut guère y avoir

de doute, et il faut dire que la condition de spécialité exigée par la loi n'est pas remplie, parce qu'une telle indication ne fait pas connaître suffisamment la nature des biens hypothéqués¹. L'article 2129, en effet, est formel. Après avoir exigé l'indication de la nature et de la situation de chaque immeuble, il ajoute : « *Chacun* de tous ses biens présents (du constituant) peut être *nominalement* soumis à l'hypothèque ». Des termes de la loi, il résulte donc que l'on ne peut hypothéquer un ensemble d'immeubles, mais seulement tels ou tels immeubles individuellement désignés. Il faut en conclure que faute de cette désignation individuelle, la constitution d'hypothèque ne sera point valable.

En revanche, l'hypothèque ainsi spécialisée, portera non-seulement sur l'immeuble désigné tel qu'il est au moment de la constitution, mais aussi sur toutes les améliorations survenues depuis le contrat. C'est ce que dit textuellement l'article 2133. Au fond cet article, loin de déroger à la règle de la spécialité, se borne à faire une juste application. Rien n'est plus conforme à la volonté des parties que la solution qu'il donne. Il est clair, en effet, que lorsqu'une personne consent à hypothéquer un immeuble, elle entend que cette hypothèque portera sur tous les accessoires de cet immeuble. C'est ainsi que la volonté des parties était interprétée dans la législation romaine².

M. Tronchet, lors de la discussion de cet article, en a nettement caractérisé la portée en soutenant qu'il s'appliquait aux accessoires de l'immeuble. Il disait, en réponse

¹ En ce sens, Civ., Cass., 22 août 1808. Dev. et Car, *Recueil général*, II^e vol. 1, 571 ; Civ., rej., 26 avril 1852, Sirey, 52, 1, 513.

² Loi 16, l. 18, § 1, D., *De pign. et hyp.*, liv. XX, tit. 1.

à la question posée par M. Galli, qui demandait si l'hypothèque s'étendrait aux accroissements de l'immeuble, « que diverses dispositions du Code civil déterminent ce qu'il faut considérer comme des accessoires de la chose principale; que ces accessoires s'identifiant avec la chose, deviennent ainsi passibles de toutes les charges dont elle est grevée ¹ ».

On voit par là dans quel esprit on a édicté cet article. L'hypothèque s'étendra aux accroissements qui viendront améliorer la propriété. On appliquera donc ici les dispositions contenues dans les articles 556 à 564 (C. civ.). Il faudra aussi décider que l'hypothèque s'étend aux améliorations provenant du fait de l'homme, telles que plantations, constructions, etc.

Mais on ne serait plus dans les termes de la loi, si l'amélioration n'était plus l'accessoire de l'immeuble hypothéqué, si au lieu de s'identifier avec lui, comme le dit fort bien M. Tronchet, elle en était distincte. Par exemple, une personne achète une parcelle contiguë à un immeuble, dont elle est déjà propriétaire, pour faire du tout un seul domaine, une seule exploitation, cette parcelle ne sera pas réputée l'accessoire de la propriété primitive, et l'hypothèque ne s'étendra pas à cette nouvelle acquisition. Et comme le disait M. Treilhard, dans la même discussion : « Mais il n'en serait pas de même, si l'augmentation produite par un événement extraordinaire, ajoutait à la fois à l'héritage une étendue assez considérable de terre, pour qu'on dût la considérer comme un fond nouveau et distinct du premier ².

¹ Locré, *Législ. civ. de la France*, t. XVI, p. 255, n° 12; Fenet, *Trav. prép.*, t. XV, p. 361, 362.

² Locré, *loc. cit.*

La loi ne disant pas dans quels termes doit être faite la désignation de la nature et de la situation des biens hypothéqués, il faut en conclure que la question de savoir si l'indication est suffisante, devra être résolue en fait, et que la solution de cette pure question de fait, appartiendra aux juges du fond, qui apprécieront souverainement sans recours possible à la Cour de cassation.

Le principe de la spécialité n'empêche pas que le débiteur puisse hypothéquer *tous ses biens*, c'est-à-dire tous ceux qu'il possède au moment où il constitue l'hypothèque; mais il faut, pour respecter le principe, que chacun des biens soit nominativement soumis à l'hypothèque, c'est d'ailleurs ce que dit formellement l'article 2129.

Le même article dit encore : « Les *biens à venir* ne peuvent pas être hypothéqués ». Cette prohibition tient à ce que le législateur a considéré qu'il y avait danger à permettre de constituer des hypothèques sur des biens à l'égard desquels on n'a aucun droit actuel de propriété, et dont il est fort difficile d'apprécier le nombre et la valeur; c'est qu'il a craint que le débiteur, ne se rendant pas compte de la gravité de l'engagement, ne consentît trop aisément une telle hypothèque; le débiteur, en effet, qui ne passe que trop d'habitude, par toutes les conditions du prêteur, consentira à conférer un droit d'hypothèque sur ces biens, d'autant plus facilement qu'il ne les a pas encore. En défendant l'hypothèque des biens à venir, le législateur a également voulu éviter les fâcheux effets de l'hypothèque générale; il a voulu empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur le même immeuble, car leur concours entraîne toujours des discussions dispendieuses.

Si donc un débiteur hypothéquait tous ses biens pré-

sents et à venir, cette hypothèque serait radicalement nulle, il n'y a aucun doute sur ce point. Mais on s'est quelquefois demandé si un tel engagement pris par le débiteur donnerait à son créancier le droit de lui réclamer une hypothèque spéciale.

Quelques auteurs l'ont soutenu, en se fondant sur l'intention des parties. Le créancier a voulu évidemment, dit-on, avoir une hypothèque conventionnelle destinée à garantir sa créance, et le débiteur ne saurait se prévaloir de l'erreur commise pour se soustraire à l'hypothèque qu'il a consentie. Si cette solution est conforme à l'équité, elle est contraire à la loi. En effet, l'acte constitutif d'hypothèque étant nul faute de spécialité, le créancier ne peut pas plus le faire valoir vis-à-vis du débiteur qu'il ne pourrait faire valoir un acte dans lequel on n'aurait constitué aucune hypothèque. Le tribunal ne peut pas, par son seul fait, remplacer l'hypothèque nulle par une autre hypothèque qui aurait les caractères requis par la loi¹.

Après avoir vu ce qu'il faut entendre par le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire, il faut examiner les limitations que le Code civil apporte à ce principe.

On peut citer deux exceptions au principe de la spécialité de gage hypothécaire, écrites dans le Code civil lui-même (art. 2130 et 2131).

Première exception. — Elle résulte de l'article 2130.

L'article 2129 ayant terminé en disant : « Les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, » l'article 2130, faisant suite au même ordre d'idées, ajoute : « Néanmoins

¹ Cour d'Aix, 16 août 1811, Dev. et Car., 1809-1811, 2, 555.

si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions. »

Il ne faut voir dans cet article qu'une modification, mais non l'abandon complet du principe de la spécialité, car l'article 2130 exigeant que le débiteur possède des immeubles présents pour pouvoir hypothéquer ses biens à venir, il en résulte que, quant à ces biens présents, le principe de la spécialité doit être respecté; en un mot, l'exception ne s'applique qu'autant que l'on se trouve devant une constitution d'hypothèque portant à la fois sur des biens présents et sur des biens à venir, et c'est quant à ces derniers seuls que le principe fléchit.

Cette disposition de l'article 2130 a été l'objet de nombreuses et vives critiques. On a prétendu que ce mode de crédit était surtout utile aux fils de famille prodigues, qui arrivaient ainsi plus facilement à dépenser la fortune de leurs parents, avant que leur succession ne fût ouverte, et aux usuriers qui voulaient compenser, par l'énormité de l'intérêt, le risque qu'ils courraient en prêtant ainsi sur une succession non encore ouverte pour leur débiteur, qui pouvait mourir avant l'ouverture de la succession, se voir déshérité, ou même voir les parents prodigues comme lui, dilapider leur fortune et ne rien laisser. Tel était le sentiment qui a dominé dans les discussions qui eurent lieu en France de 1840 à 1851, sur la réforme du régime hypothécaire¹.

¹ V. Rapports de MM. Persil et de Vatimesnil. Junge : le Rapport fait par M. Bethmont au nom du Conseil d'État, p. 45.

C'est guidés par cette manière de voir, que les législateurs belges, en 1851, ont purement et simplement supprimé, dans leur loi nouvelle, la disposition de l'article 2130¹.

En France, cet article aurait certainement eu le même sort, si la loi sur la réforme du régime hypothécaire avait été votée en 1851, car tous les projets soumis à l'Assemblée législative, y compris celui qu'elle avait admis dans ses deux premières délibérations, supprimaient l'article 2130.

Cet article a pourtant trouvé des défenseurs convaincus, qui ont approuvé les rédacteurs du Code de l'avoir inséré dans nos lois. C'est ainsi que dans l'enquête administrative de 1841, les Cours se prononcèrent en majorité pour le maintien de l'article 2130². « Quel a pu être, disaient-elles, le motif pour autoriser, celui qui s'engage, à hypothéquer les biens futurs, si ce n'est de procurer à chacun, soit pour seconder son industrie, soit pour subvenir à ses besoins ou réparer des malheurs, tous les moyens qu'il peut avoir d'inspirer la confiance? Non-seulement ses biens actuels, mais encore sa bonne conduite, sa probité, son travail, ses talents, les biens que l'ordre de la nature doit lui transmettre, composent l'actif qu'il peut offrir pour gage³. »

On peut ajouter que l'hypothèque des biens à venir était permise dans le droit romain comme dans notre ancien droit, et que l'on n'a jamais songé à la considérer comme immorale et dangereuse. On en craint les dangers

¹ Martou, *Hyp.*, t. III, n. 1001.

² *Doc. hyp.*, t. III, Obj. des Cours d'Angers, de Grenoble, de Montpellier et de Pau; *Doc. hyp.*, t. III, n^{os} 512 à 515.

³ *Loc. cit.*, Cour de Pau, p. 339.

pour les dissipateurs, et les facilités qu'elle donnera aux usuriers, pour l'exercice de leur industrie illicite; mais les hypothèques judiciaires ne sont-elles pas plus dangereuses encore sous ce rapport? (C'est-à-dire les hypothèques judiciaires résultant des jugements de reconnaissance ou vérification d'écriture, ou de reconnaissance de dette, art. 2123).

Quelle que soit, d'ailleurs, l'étendue des dangers auxquels cette hypothèque expose les prodigues, on ne doit pas les mettre un instant en balance avec l'intérêt d'honnêtes travailleurs, que ce dernier moyen de crédit sauvera peut-être de la ruine. Les prodigues ne sont, du reste, que l'exception dans la société, et il n'est que trop juste que ces personnages peu dignes d'intérêt soient sacrifiés au plus grand nombre.

On a aussi reproché à l'article 2130, d'une part de détruire le principe de la spécialité, en autorisant, bien qu'à titre exceptionnel, l'hypothèque des biens à venir, et, d'autre part, de refuser le bénéfice de cette exception à ceux qui, n'ayant aucun immeuble présent, en ont le plus besoin. Avec l'examen des conditions auxquelles les biens à venir peuvent être hypothéqués, il va être facile de répondre à ces reproches.

De l'article 2130 il résulte que ces conditions sont au nombre de quatre. Il faut : 1° que le débiteur ait déjà des biens présents; — 2° que ces biens présents soient insuffisants; — 3° que l'insuffisance soit déclarée; — 4° que le débiteur consente que chacun des biens immobiliers qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la garantie de la créance à mesure des acquisitions.

1° Il faut que le débiteur ait des biens présents.

Cette condition est une conséquence de ce que le

législateur n'a pas voulu faire une brèche trop forte au principe de la spécialité, et a voulu que l'hypothèque des biens à venir ne fût que subsidiaire. C'est donc à tort que l'on a reproché à l'article 2130 de détruire ce principe; car, c'est pour le sauvegarder quant aux immeubles présents, qu'il exige, pour la constitution de l'hypothèque des biens à venir, que le constituant hypothèque en même temps des biens présents. Les termes mêmes de l'article 2130 ne laissent aucun doute sur la nécessité de cette condition : « Si, dit-il, les biens *présents* et libres du débiteur sont insuffisants... » On ne voit pas pourquoi il parlerait de biens présents, si ces biens n'étaient pas nécessaires à la constitution de l'hypothèque des biens à venir.

Certains auteurs, au contraire, ont prétendu que l'hypothèque des biens à venir était possible, lorsque le débiteur n'avait pas du tout de biens présents. Le but du législateur est, disent-ils, de venir au secours du débiteur malheureux et de lui conserver son crédit; or, celui qui n'a aucun immeuble présent, a plus particulièrement besoin de ce secours; il ne paraît d'ailleurs pas raisonnable de faire une différence entre celui qui n'a aucun immeuble présent et celui qui n'aurait que quelques mètres carrés de mauvaise terre.

Si, dit-on, le législateur parle de biens présents et libres dans l'article 2130, ce n'est que par suite de la pensée qu'il avait dans l'article 2129, que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués tant qu'il y a des biens présents et libres. Il n'a pas voulu que, l'hypothèque des biens à venir étant toujours permise, on pût revenir, par un détour, à l'hypothèque générale, dont il redoute les fâcheux effets, et qu'il a tenu absolument à prohiber; donc,

tant qu'il y a des immeubles libres et suffisants au moment de la constitution de l'hypothèque, l'hypothèque des biens à venir est prohibée. Mais si les immeubles sont insuffisants, ou, ce qui est la même chose, s'il n'y en a pas, on conçoit alors l'utilité de l'hypothèque des biens à venir, et le Code l'autorise, à condition qu'elle se spécialisera au fur et à mesure des acquisitions. Si donc l'article 2129 parle des biens présents insuffisants, c'est par opposition à l'hypothèse où il y a des biens présents suffisants, et où ni le débiteur, ni le créancier, ne peuvent se plaindre que l'on interdise d'hypothéquer les biens à venir.

Il ne faut cependant pas se laisser convaincre par ces arguments, et il faut répondre que l'article 2130 est formel, et que, d'autre part, c'est un article d'exception. Or, les exceptions sont *strictissimæ interpretationis*, et l'on ne saurait étendre cet article au delà de ses termes. Enfin, il faut dire que la restriction de la loi s'explique fort bien par le principe même de la spécialité de l'hypothèque, principe auquel l'article 2130 porte atteinte, mais sans vouloir le détruire complètement; car, il ne faut se lasser de le répéter, c'est pour s'y rattacher qu'il exige que le débiteur ait des biens présents pour pouvoir hypothéquer ses immeubles à venir, parce qu'il veut que, dans toute constitution d'hypothèque conventionnelle, ce principe soit respecté au moins quant aux biens présents, s'il ne l'est quant aux biens à venir.

En un mot, dans l'article 2130, l'affectation des biens présents constitue le principal, l'affectation des biens à venir est subsidiaire, subsidiaire en ce sens qu'une telle hypothèque n'est permise par le législateur qu'autant qu'elle peut se rattacher à une hypothèque déjà existante et portant sur les biens présents; or, on ne comprendrait

pas que l'obligation subsidiaire pût être contractée quand l'obligation principale ne peut pas prendre naissance¹.

2° *Il faut que les biens du débiteur soient insuffisants.*

Ce serait en effet détruire le principe de la spécialité que d'admettre le contraire. Sans cette exigence de la loi, le débiteur pourrait toujours constituer une hypothèque portant sur tous ses biens présents et à venir, et violer ainsi la disposition de la loi, prohibant en règle générale l'hypothèque des biens à venir (art. 2129), pour ne la permettre qu'à titre exceptionnel, au cas où elle est absolument nécessaire (art. 2130).

Pas de difficulté quand l'immeuble présent et libre est d'une valeur moindre que le montant de la créance ; par exemple, Bernard doit à André 100,000 francs, il n'a qu'un immeuble non encore hypothéqué, mais valant seulement 60,000 francs, l'hypothèque des biens à venir est alors permise.

Mais, si l'on suppose que l'immeuble vaille 100,000 francs, mais qu'il soit déjà hypothéqué pour 50,000 francs, la question peut sembler plus douteuse. A s'en tenir strictement aux termes de l'article 2130, on devrait alors décider que l'hypothèque des biens à venir est impossible, car il ne la permet qu'autant que « les biens présents *et libres* du débiteur sont insuffisants ; » or, pourrait-on dire, s'il y a ici des biens présents, ils ne sont pas libres, puisqu'ils sont déjà hypothéqués, donc on ne se trouve plus dans les termes de l'article 2130 et l'hypothèque des biens à venir n'est plus permise.

¹ Aubry et Rau, t. III, § 266, p. 269, texte et note 27. — En ce sens également, Duranton, t. XIX, n° 375 et *Doc. hyp.*, Obs. de la Cour d'Angers, n° 512. — Cour de Nancy, 22 août 1867, Sirey, 68, 2, 109 ; Cas., civ., 30 janvier 1872, D. P., 74, 1, 99 et 100.

Il faut repousser cette solution qui, si elle est conforme à la lettre de la loi, est par trop contraire à son esprit. En effet, dans l'esprit de la loi, si les biens à venir peuvent être hypothéqués, c'est à condition que le débiteur possède actuellement des biens insuffisants, sur lesquels la règle de la spécialité pourra être observée. Or, il en est ainsi dans l'hypothèse précédemment présentée, car bien que l'immeuble de Bernard soit déjà hypothéqué, cela ne l'empêche pas de pouvoir satisfaire sur cet immeuble au principe de la spécialité.

Par la même raison, il faut dire que le débiteur pourra hypothéquer ses biens à venir, même si tous ses biens présents sont déjà hypothéqués à d'autres créanciers pour leur valeur et au delà, car la loi ne limite pas le nombre des hypothèques que l'on peut conférer sur un immeuble¹; les mots *et libres* de l'article 2130 ont été introduits par mégarde par les législateurs, qui, en les écrivant, avaient simplement en vue ce qui a lieu d'ordinaire en fait, à savoir que l'on n'accepte guère une hypothèque sur un immeuble déjà trop fortement grevé; hypothèque que le créancier aura avantage à accepter lorsqu'elle sera la condition de l'hypothèque des biens à venir.

Le débiteur, avant d'hypothéquer ses biens à venir, doit affecter tous ses immeubles présents, même s'ils sont déjà hypothéqués pour une somme supérieure à leur valeur. Car les hypothèques antérieures pourront s'éteindre d'une façon quelconque, et alors l'hypothèque des biens à venir produira son effet sur ces biens présents comme sur ceux dont le débiteur sera devenu propriétaire depuis la constitution d'hypothèque.

¹ En ce sens, Duranton, t. XIX, n° 373.

Si le débiteur dissimulait un ou plusieurs immeubles lui appartenant actuellement, ou s'il ignorait être propriétaire de certains immeubles, par exemple d'immeubles à lui échus par succession, le créancier ne souffrirait pas de l'ignorance dans laquelle il se serait trouvé à ce sujet. Sans doute, il n'aurait pas hypothèque sur ces immeubles présents, puisqu'ils ne lui auraient pas été affectés, mais il conserverait son hypothèque sur les autres immeubles actuels et sur ceux que le débiteur pourrait acquérir dans la suite.

3° *Il faut que l'insuffisance soit déclarée dans l'acte.*

Si l'on avait omis, dans l'acte, de déclarer que les biens présents sont insuffisants, la constitution d'hypothèque des biens à venir serait nulle, l'article 2130 est formel sur ce point : « il peut, en exprimant cette insuffisance... » et c'est un article d'exception. Mais, cet acte aura effet quant aux biens présents suffisamment spécialisés, car il y aura alors en quelque sorte une double constitution d'hypothèque, l'une valable, celle des biens présents spécialisés conformément à la loi, et l'autre nulle, pour défaut de la déclaration d'insuffisance, celle des biens à venir.

On se demande si, l'insuffisance étant déclarée, on doit s'en rapporter purement et simplement à la déclaration faite dans l'acte, ou si, au contraire, cette déclaration ne peut pas être contestée.

On a soutenu que personne ne pourrait contester l'hypothèque des biens à venir, pas plus le débiteur que les autres créanciers, sous prétexte que les biens présents sont suffisants, parce que la loi ne donne à personne le droit de contrôler cette déclaration. Si l'on admettait les créanciers à pouvoir ainsi attaquer la déclaration de leur débiteur,

cela donnerait lieu, dit-on, à des procès sans nombre, à des expertises, et à une multitude de difficultés et d'entraves¹.

Il faut cependant reconnaître que cette solution est bien peu logique. On ne comprendrait pas, en effet, l'utilité de la condition mise par l'article 2130 à l'hypothèque des biens à venir, si l'on devait toujours s'en rapporter à la déclaration du débiteur. Une telle déclaration deviendrait de style, et donnerait un moyen trop simple de violer, d'une façon constante, la règle prohibitive de l'hypothèque des biens à venir, consacrée par l'article 2129. Il n'y a, dit-on, aucun texte donnant aux tribunaux le droit d'apprécier cette déclaration. Mais l'article 2130 suffit, il veut que les biens présents soient réellement insuffisants, et prohibe par là même une telle constitution d'hypothèque, quand elle est faite en dehors des conditions par lui exigées. Or, la mission des tribunaux est de faire respecter les prohibitions de la loi, ils doivent donc permettre aux tiers intéressés de se prévaloir de la déclaration mensongère ou erronée du débiteur, pour faire prononcer la nullité de l'hypothèque des biens à venir². M. Troplong va plus loin encore, et dit : « Je crois que le débiteur lui-même pourrait prouver que les biens présents étaient suffisants, et obtenir la liberté des biens à venir. Car il aurait à cela un véritable intérêt, et le créancier ne pourrait s'en plaindre, puisqu'il trouverait dans les biens présents de quoi se satisfaire³. »

4° *Il faut que le débiteur consente que chacun des biens*

¹ Duranton, t. XIX, n° 378.

² En ce sens, Thézard, *Nantis., privil. et hyp.*, n° 66-2° et 3°, p. 97.

³ Troplong, *Privil. et hyp.*, t. II, n° 539.

qu'il acquerra par la suite, demeure affecté à la garantie de la créance à mesure des acquisitions. C'est ce que dit l'article 2130 *in fine*.

On s'est demandé, à ce propos, si le créancier était obligé, pour avoir hypothèque sur les biens à venir, de prendre inscription sur chacun des biens, au fur et à mesure de leur acquisition, ou bien si, au contraire, l'hypothèque s'exercerait indépendamment de toute inscription nouvelle, comme s'il s'agissait d'une hypothèque judiciaire¹. Sans vouloir discuter ici complètement cette question, qui se rattache à la théorie de la publicité et non à la constitution même de l'hypothèque, on peut cependant donner en deux mots une solution. Il faut décider que le créancier devra prendre une inscription spéciale sur chacun des immeubles acquis postérieurement à la constitution de l'hypothèque par le débiteur. C'est l'opinion qui a été émise à diverses reprises dans la discussion du Code au Conseil d'État, au Tribunat et au Corps législatif². En outre, c'est ce qui résulte nettement des termes mêmes de l'article 2148. Après avoir, dans son § 5, déclaré que l'inscription doit contenir la spécialisation des biens hypothéqués, cet article ajoute : « Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires; à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. » N'est-ce pas dire nettement que cette dérogation à la spé-

¹ En ce dernier sens, voy. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° *Hypothèque*, n° 282. Angers, 14 juillet 1842, Sir., 42, 2, 469.

² Fenet, t. II, p. 660; t. XV, p. 251, 496, 464; P. Pont, *Revue critique*, t. V, p. 18. En ce sens également, Aubry et Rau, t. III, § 273, p. 337.

cialité de l'inscription ne s'applique pas à notre hypothèse ?

Telles sont les conditions exigées par la loi pour que les biens à venir puissent être hypothéqués. On voit que l'hypothèque ainsi constituée n'est pas, à proprement parler, une hypothèque générale, mais une hypothèque conventionnelle qui, par suite, reste encore soumise au principe de la spécialité, si ce n'est dans la constitution, du moins dans l'inscription. Les différences qui séparent cette hypothèque de l'hypothèque générale, peuvent se résumer ainsi :

1° Il faut, en l'inscrivant, spécialiser l'hypothèque des biens à venir; cette spécialisation n'est pas exigée pour l'hypothèque générale.

2° Il faut autant d'inscriptions qu'il y a d'immeubles soumis à l'hypothèque des biens à venir, inscriptions prises au fur et à mesure de l'acquisition des biens, tandis qu'une seule inscription suffit pour conserver l'hypothèque générale sur tous les biens situés dans l'arrondissement hypothécaire.

3° L'hypothèque des biens à venir n'est pas soumise à la réduction comme l'hypothèque générale (art. 2161 C. civ.).

Deuxième exception à la règle de la spécialité du gage hypothécaire. — Elle résulte de l'article 2131 ainsi conçu : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. »

Après avoir parlé de l'insuffisance des biens présents

au moment de la constitution de l'hypothèque, dans l'article 2130, le Code, dans l'article suivant, examine l'hypothèse dans laquelle le gage hypothécaire étant suffisant lors du contrat, *devient insuffisant* par suite de faits postérieurs.

Comment pourrait-on voir ici une dérogation au principe de la spécialité? Il est certain que la pensée des rédacteurs du Code n'est pas très claire à cet égard. Ils ont sans doute raisonné de la façon suivante : « De même que dans l'hypothèse de l'insuffisance actuelle des biens présents, on peut déroger à la règle de la spécialité en affectant les biens à venir, de même, en cas d'insuffisance survenue postérieurement au contrat, on pourra, en vertu de la convention, soumettre à l'hypothèque des biens qui n'ont pas été spécialisés dans la convention même. En d'autres termes, dans les deux cas, l'hypothèque pourra porter sur des biens non indiqués, et, par suite, non spécialisés dans l'acte constitutif de l'hypothèque. »

Tel est, vraisemblablement, le lien par lequel le législateur a réuni les deux articles 2130 et 2131, qu'il a considérés comme faisant tous les deux exception à la règle de la spécialité. C'est, du moins, ce qui paraît résulter du mot « *pareillement*, » par lequel débute l'article 2131, et qui le rattache à l'article précédent.

Cette disposition de l'article 2131 est-elle conforme aux principes généraux du droit? En général, on reconnaît que, rigoureusement, elle n'est pas en harmonie avec les règles du droit, mais qu'elle se justifie par des motifs d'équité. M. P. Pont dit à ce sujet : « Mais l'équité législative ne permettait pas que le créancier, qui avait fait de l'hypothèque la condition du terme stipulé, fût abandonné, quand la garantie réelle sur la foi de laquelle il a

livré ses fonds, lui fait défaut ou devient insuffisante¹. »

Ainsi tout d'abord, on admet que rigoureusement le débiteur qui a fourni sa sûreté réelle ne doit plus rien au créancier. C'est là en effet l'application pure et simple de la règle, que la chose est aux risques du créancier (art. 1302), ceci n'est guère contestable. Mais quelle est la valeur du motif d'équité dans lequel on prétend trouver la justification de cette exception au droit commun? dire que le gage hypothécaire était la condition du crédit fait par le débiteur au créancier, cela ne suffit pas; cela ne prouverait qu'une chose, c'est que le créancier n'aurait pas accordé son crédit sans l'hypothèque. Mais cette hypothèque, il l'a obtenue telle qu'il la désirait, elle ne lui fait donc pas défaut et il n'a pas le droit de se plaindre. On objecte qu'elle est insuffisante. A cela il faut répondre, que le créancier pouvait se soustraire à cet inconvénient, en exigeant une hypothèque plus étendue, que c'est par conséquent à lui à supporter les conséquences de son imprudence, et que l'équité pas plus que le droit rigoureux n'exige que le débiteur soit responsable de cette situation.

Il faut dire que c'est en faveur du crédit du débiteur, qu'a été établie cette dérogation aux principes. On peut affirmer, en effet, que plus la garantie offerte au créancier sera solide, plus il sera porté à faire crédit. C'est pour cela que la loi assure, autant que possible, la sûreté exigée par lui, dans les limites qu'il a tracées lui-même. On trouve une application de cette théorie en matière de cautionnement. L'article 2020, dit que le créancier a le droit d'exiger une nouvelle caution lorsque celle qu'il a

¹ P. Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 689.

reque volontairement en justice devient insolvable. Il faut noter cependant que l'article 2020 revient au droit commun, et décide que le créancier ne peut pas réclamer une deuxième caution, dans l'hypothèse où la première « n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. » L'article 2131, au contraire, n'admet aucune exception de ce genre.

Arrivons maintenant à l'étude des conditions exigées par l'article 2131 pour que le créancier puisse exercer le droit que lui confère cet article. D'abord, il faut remarquer qu'il se place dans l'hypothèse où la dette est à terme, car autrement il serait inutile d'autoriser par un texte spécial, le créancier à en poursuivre le remboursement. Ce droit lui appartiendrait incontestablement alors, comme aussi celui d'obtenir une condamnation contre le débiteur et une hypothèque judiciaire, ce qui rendrait superflu le supplément d'hypothèque dont parle l'article 2131.

Cet article suppose, en outre, qu'il y a eu perte ou dégradation des immeubles hypothéqués; mais il ne dit pas si cette perte ou ces dégradations doivent être le fait du débiteur, ou bien le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure. La première de ces deux hypothèses étant prévue par l'article 1188 (C. civ.), l'article 2131 n'avait pas à la réglementer, il vise donc exclusivement la seconde et ne s'applique qu'à la perte ou aux dégradations survenues sans le fait du débiteur.

La loi Belge ne laisse aucun doute sur ce point, l'article 79-2°, plus précis que l'article 2131 qu'il remplace, est ainsi conçu : « Néanmoins le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque, si la perte ou les dégradations ont eu lieu *sans sa faute*. »

Il faut, de plus, que le gage hypothécaire soit devenu insuffisant pour la sûreté du créancier; c'est ce qui résulte du texte même de l'article. Il faut aussi que la diminution provienne d'un fait postérieur au contrat; c'est ce qui ressort également de l'article 2131, qui veut que l'immeuble ait « *éprouvé des dégradations*. » Or, on ne pourrait pas dire, par cela seul que l'immeuble était déjà dégradé au moment où il a été hypothéqué, qu'il a éprouvé des dégradations depuis la constitution de l'hypothèque.

On doit également décider, bien que la loi ne le dise pas formellement, qu'il est indispensable que cette diminution du gage hypothécaire soit le résultat de faits qui n'ont pu être prévus par le créancier; s'il en était autrement, ce serait à lui à en supporter les conséquences.

Le législateur, en effet, a simplement voulu garantir au créancier le maintien de son gage hypothécaire dans les conditions où il avait consenti à le recevoir; on comprend facilement que, dès qu'il a connu à l'avance les causes de diminution ou de disparition possibles de son gage, il ne soit plus admis à s'en plaindre. Si, par exemple, l'hypothèque portait sur un immeuble sujet à réméré ou à toute autre condition, le droit étant exercé, la condition se réalisant, l'hypothèque s'éteindrait, sans que, pour cela, le créancier qui a connu ces causes de résolution puisse élever aucune réclamation.

Enfin, il faut que la perte ou la diminution de l'immeuble hypothéqué provienne d'une dégradation *matérielle*. Cela résulte évidemment de l'article 2131, exigeant que les immeubles *eussent péri* ou *éprouvé des dégradations*. On ne pourrait, en effet, pas dire qu'un im-

meuble a péri ou a été dégradé, s'il avait été atteint dans sa valeur par suite d'un événement n'ayant pas agi matériellement sur lui. On ne tiendra donc aucun compte des diminutions résultant d'une révolution, d'une crise industrielle, ou simplement d'une suppression de route, etc... Car, dans toutes ces hypothèses, il n'y a pas de dégradation matérielle, mais seulement une dépréciation causée par des événements qui ne sont pas reprochables au débiteur, et dont, par conséquent, il n'a aucun droit de s'étonner ni de se plaindre, si la loi ne l'y autorise pas expressément.

Après avoir vu dans quelle hypothèse doit se trouver le créancier, pour pouvoir invoquer le droit que l'article 2131 lui confère, il faut voir en quoi consiste ce droit. Le créancier peut-il, à son choix, demander le remboursement ou un supplément d'hypothèque? ou le débiteur peut-il forcer le créancier à recevoir un supplément d'hypothèque et à s'en contenter?

Il faut dire que le droit de fournir un supplément d'hypothèque est une faculté laissée au débiteur, et que le créancier ne peut conclure qu'à une chose au remboursement immédiat de sa créance. En effet, si le Code donne une action au créancier, c'est parce que la loi du contrat, telle qu'elle a été envisagée par le créancier, est rompue; la condition sous laquelle il a consenti à prêter n'étant plus remplie, le législateur donne une action en résolution¹, mais il ne veut pas pousser la dérogation au droit commun jusqu'à lui permettre aussi de réclamer un supplément d'hypothèque. Il ne serait pas exact de dire qu'il peut, s'il le préfère, demander

¹ Laurent, t. XXX, n° 523; Aubry et Rau, t. III, § 286, note 29.

l'exécution du contrat et réclamer un supplément d'hypothèque par application de l'article 1184. Ce dernier article n'est pas ici applicable, et l'on ne peut pas voir dans l'article 2131 une application de la condition résolutoire tacite, car l'on ne peut pas prétendre que le débiteur n'a pas exécuté son engagement, attendu qu'il a fourni au créancier l'hypothèque promise. Si le contrat est rompu ici, c'est parce que le créancier ne jouit plus, ou est privé, en partie, de la garantie qui l'avait déterminé à contracter, dès que son débiteur lui fournit une garantie équivalente, en lui donnant une autre hypothèque, il se trouve dans les conditions du contrat primitif et n'a plus le droit de se plaindre ni d'exiger le remboursement immédiat.

C'est d'ailleurs en ce sens qu'est conçu l'article 79-2° de la loi Belge dont nous avons donné le texte précédemment, lequel dit que « *le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque si...* »

Il faut noter que le supplément d'hypothèque que le débiteur donne alors à son créancier, est une nouvelle hypothèque nécessitant un nouvel acte de constitution, une nouvelle inscription, et ne donnant rang au créancier qu'à la date de cette inscription.

Quand le gage hypothécaire est diminué de valeur par une perte matérielle, le créancier ne peut donc jamais réclamer qu'une chose, son remboursement immédiat; mais il n'a pas le droit de réclamer un supplément d'hypothèque, et il n'y a pas à distinguer entre le cas où le débiteur a encore des immeubles et refuse de les hypothéquer, et celui où il n'a plus d'immeubles, et est par conséquent dans l'impossibilité d'offrir un supplément d'hypothèque.

Si le débiteur peut offrir une hypothèque, elle ne peut porter que sur ses biens présents; s'il offrait d'hypothéquer ses biens à venir, le créancier pourrait refuser de se contenter d'une garantie aussi éventuelle. Ce n'est pas l'article 2130 qu'il faut appliquer ici, car il règle une situation particulière, celle où les biens que possède le débiteur au moment de la constitution de l'hypothèque, sont insuffisants pour la sûreté de la créance, tandis que l'article 2131 prévoit une tout autre hypothèse, car il suppose que les biens qui sont dans le patrimoine du débiteur au moment de la constitution de l'hypothèque, et sur lesquels elle est consentie, sont suffisants pour donner au créancier une sûreté complète, et de l'esprit de cet article résulte bien que le débiteur ne peut se soustraire au remboursement immédiat, qu'autant qu'il rend au créancier une sûreté équivalente à celle qu'il avait reçue lors de la formation du contrat hypothécaire.

L'application de l'article 2131, en tant qu'il donne au débiteur le droit d'offrir un supplément d'hypothèque, quand le gage hypothécaire a diminué de valeur, n'est pas sans présenter quelques difficultés dans un certain nombre d'hypothèses.

1° *Expropriation pour cause d'utilité publique.* — Au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, on se demande donc si le débiteur peut, au lieu de payer immédiatement son créancier hypothécaire avec l'indemnité qu'il a reçue, le forcer à accepter une nouvelle hypothèque.

On a soutenu que le débiteur pourrait, dans cette hypothèse, garder le prix d'expropriation, et forcer son créancier à recevoir un supplément d'hypothèque, par application de l'article 2131.

C'est là une erreur manifeste, car l'article 2131 ne prévoit nullement une pareille hypothèse, il suppose une diminution ou une perte du gage; or, au cas d'expropriation il n'y a rien de semblable, on ne peut pas dire que le gage a disparu, ou a été dégradé; quant à sa valeur, elle est toujours restée la même, le gage a seulement changé de nature, et d'immobilier qu'il était, il est devenu mobilier. On peut dire que, en règle générale, quand le prix de l'immeuble hypothéqué est réalisé, le créancier à terme a le droit de se faire payer immédiatement sur les deniers, qui doivent être distribués par voie d'ordre, entre les créanciers hypothécaires, ainsi que cela a lieu en cas de vente volontaire ou d'expropriation forcée. L'article 2131 pose une exception à cette règle, au cas où le gage a péri ou diminué de valeur dans les conditions précédemment examinées, et il ne saurait être étendu au delà des cas exceptionnels par lui prévus.

On peut ajouter que si l'article 2131 donne au débiteur le droit de fournir un supplément d'hypothèque, quand les sûretés originaires ont été diminuées, c'est simplement pour le soustraire à l'obligation de trouver de suite la somme nécessaire à un remboursement que d'après la convention il ne doit faire que plus tard; mais dès que le débiteur a entre les mains la somme nécessaire, les raisons de lui faire cette faveur n'existent plus.

L'article 18 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, vient d'ailleurs corroborer cette manière de voir; on y lit en effet : « Les actions en résolution, en revendication, et toutes autres actions réelles ne pourront arrêter l'expropriation ni en empêcher l'effet. Le droit des réclamants sera *transporté sur le prix* et l'immeuble en demeurera affranchi. » L'in-

demnité prend donc réellement la place de l'immeuble auquel elle est substituée, c'est bien le prix de l'immeuble, et puisque ce prix est réalisé, il doit être distribué aux créanciers hypothécaires d'après leur rang, comme il serait distribué au cas de vente volontaire ou d'adjudication sur saisie de l'immeuble hypothéqué¹. »

2° *Incendie*. — Au cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué, il en est tout différemment, le débiteur peut alors forcer le créancier de se contenter d'un supplément d'hypothèque; on rentre en effet dans les cas prévus par l'article 2131, il y a réellement eu perte ou dégradation du gage hypothécaire, et on ne peut plus dire qu'il est remplacé par une somme d'argent sur laquelle le créancier hypothécaire peut de suite exercer son droit. Cela ne saurait faire de doute quand l'immeuble n'était pas assuré, et au cas d'assurance cela est encore vrai, car on ne peut pas dire que l'indemnité représente le prix d'acquisition de l'immeuble; l'indemnité représente simplement les primes payées par celui qui a fait assurer l'immeuble, il s'est engagé à payer ces primes, sous la condition qu'il toucherait une somme égale à la valeur de la portion de l'immeuble qui serait détruite par l'incendie. L'indemnité n'est donc qu'une valeur absolument mobilière, ne représentant pas l'immeuble hypothéqué et sur laquelle, par conséquent, le créancier ne doit pas pouvoir faire valoir son droit de préférence.

On a soutenu cependant qu'il fallait attribuer cette indemnité aux créanciers hypothécaires². Cette manière de

¹ En ce sens, Aubry et Rau, t. III, p. 417, § 285, texte et note 4. — Martou, t. III, n° 1009. — Cour de Paris, 13 fév. 1858, Sir., 58, 2, 170.

² Colmar, 25 août 1826, Sir., 29, 2, 17.

voir peut être fort équitable, car les créanciers chirographaires n'avaient rien à prétendre sur l'immeuble incendié, dans les limites du moins des créances hypothécaires; il semblerait donc juste de donner aux créanciers hypothécaires un droit de préférence sur l'indemnité, qui, si elle n'est pas le prix de l'immeuble, le remplace cependant après l'incendie. Les projets de réforme de 1851 étaient conçus en ce sens; les premiers projets allaient même jusqu'à assimiler complètement les compagnies, après l'incendie, aux tiers-acquéreurs de l'immeuble hypothéqué¹; mais, le projet préparé pour la troisième délibération de l'Assemblée législative, y mettait cette réserve, que l'indemnité due à raison des sinistres, ne serait affectée au paiement des créanciers privilégiés et hypothécaires, qu'autant « que l'indemnité ne serait pas appliquée par l'assureur, conformément aux clauses du contrat, à la reconstruction, à la réparation ou au remboursement des objets assurés². »

La loi Belge (art. 10), a d'ailleurs tranché cette question dans le sens de ce projet; elle donne aux créanciers hypothécaires le droit de toucher l'indemnité d'assurance en cas d'incendie, à moins que l'assuré ne prouve qu'il applique l'indemnité à la réparation de l'immeuble incendié.

Mais, les projets de 1851 n'ayant jamais reçu chez nous de consécration législative, et le Code civil ne disant rien de semblable, ce sont les principes généraux précédemment posés qu'il faut appliquer. La jurisprudence domi-

¹ V. Rapport de M. de Vatimesnil, *Moniteur universel* du 26 avril 1850.

² Séance de l'Assemblée législative du 11 déc. 1850, *Moniteur universel* du 12 déc.

nante est en ce sens¹. Les créanciers hypothécaires ne pourraient donc pas exiger que le débiteur les rembourse avec l'indemnité qu'il a reçue, et ce dernier pourra, s'il le préfère, leur offrir un supplément d'hypothèque.

Cette solution est très rigoureuse, aussi ne faut-il pas s'étonner de voir le législateur y apporter des restrictions dans des lois spéciales, lorsque l'occasion se présente.

C'est ainsi que la loi du 28 mai 1858, relative aux négociations sur les marchandises déposées dans les Magasins généraux, décide que le tiers-créancier du dépositaire, auquel le warrant a été remis par ce dernier, et qui se trouve avoir ainsi pour gage les marchandises déposées, pourra exercer son droit sur l'indemnité due par la compagnie d'assurances, en cas d'incendie, comme sur les marchandises elles-mêmes.

La loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime, contient dans son article 17, une disposition analogue. Le législateur considérant que cette hypothèque est déjà suffisamment précaire à raison des risques que courent les navires, a décidé que, de plein droit, l'hypothèque s'étendrait dans certains cas, sur l'indemnité. Voici d'ailleurs le texte même de l'article 17 : « En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, les droits des créanciers s'exercent sur les choses sauvées ou sur leur produit, alors même que les créances ne seraient pas encore échues. Ils s'exercent également dans l'ordre des inscriptions, *sur le produit des assurances* qui auraient été faites par l'emprunteur sur le navire hypothéqué. Dans le cas prévu par le présent article, l'inscription de l'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. »

¹ Cour cass., 28 juin 1831, Sir., 31, 1, 291.

3° *Pour les indemnités dues par l'État*, à raison des dommages résultant de travaux publics, se pose la même question.

La Cour de cassation assimile ces indemnités aux indemnités dues par les compagnies d'assurances en cas d'incendie¹. C'est ainsi qu'elle a jugé que l'indemnité allouée au propriétaire d'une usine, résultant de l'exécution de travaux publics, sur les cours d'eau où elle est établie, constitue non une indemnité d'expropriation, mais une indemnité purement mobilière, qui, dès lors, n'est pas soumise aux règles grevant l'usine elle-même. Il en résulte que le créancier hypothécaire ne peut exiger que son débiteur le rembourse avec cette indemnité, et que ce dernier pourra l'obliger à se contenter d'un supplément d'hypothèque.

4° La même question s'est présentée après la guerre de 1870-1871, sur un point que la jurisprudence n'avait pas encore eu à examiner. On s'est demandé quelle était la nature de l'indemnité accordée par l'État, pour la destruction, à l'occasion de cette guerre, d'immeubles appartenant à des particuliers.

La destruction avait-elle été le résultat d'un incident de la guerre, sans l'intervention directe de l'État, par exemple, un bombardement, un passage de troupes, etc. L'indemnité n'étant alors qu'une faveur faite aux propriétaires lésés, ne pouvait être considérée comme représentant l'immeuble détruit, ni être attribuée par préférence aux créanciers hypothécaires.

Mais, quand il s'est agi de savoir quelle était la nature

¹ Rouen, 13 fév. 1868; Rejet de pourvoi, Req., 25 janvier 1869, Sirey, 70, 4, 260; *J. Pal.*, 1870, p. 655.

de l'indemnité accordée par l'État, pour la destruction, par lui ordonnée, d'immeubles situés autour d'une place de guerre, etc., dans le but de faciliter la défense, en cas de siège ou autrement, la jurisprudence s'est montrée plus divisée.

Le tribunal de la Seine, qui fut appelé le premier à résoudre la question, décida qu'il y avait là une indemnité d'expropriation, et par suite immobilière comme représentant l'immeuble, et que les créanciers hypothécaires et autres ayant des droits réels sur l'immeuble, verraient leurs droits reportés sur l'indemnité (par application de la loi du 3 mai 1841), l'immeuble en demeurant désormais affranchi¹.

Le tribunal de Soissons a jugé, au contraire, que cette indemnité est purement mobilière, et que l'État n'ayant acquis aucune fraction de la propriété détruite ou endommagée, l'indemnité ne saurait constituer une indemnité d'expropriation, à laquelle seraient applicables les règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique et notamment l'article 18 de la loi du 3 mai 1841².

Cette dernière manière de voir est sans aucun doute la mieux fondée en droit. On ne saurait considérer comme une véritable indemnité d'expropriation, les sommes que l'État alloue dans cette hypothèse aux particuliers; il n'y a pas alors à proprement parler expropriation, car les lois relatives à la conservation et au classement des places de guerre³ et aux servitudes imposées à la propriété pour

¹ Tribunal de la Seine, 1^{er} mai 1875, *Le Droit*, 4 juin 1875.

² Tribunal de Soissons, 11 août 1875, *Le Droit*, 6 octobre 1875.

³ Loi du 10 juillet 1791.

la défense de l'État¹, ont pour but unique de faciliter la défense des places fortes, et nulle part elles ne donnent à l'État le droit de se rendre propriétaire des immeubles des particuliers. L'État, en effet, lorsqu'il fait détruire les maisons et tout ce qui pourrait entraver la défense, n'acquiert rien, tout ce qui n'est pas détruit reste toujours aux propriétaires, il en est ainsi même pour les matériaux, et si les propriétaires lésés ont le droit d'agir, ils ne peuvent réclamer que des dommages et intérêts et non le prix d'une expropriation; l'indemnité étant alors un droit purement mobilier, ne prend pas la place de l'immeuble détruit, et le débiteur peut par conséquent contraindre son créancier à se contenter d'un supplément d'hypothèque.

Telles sont les exceptions à la règle de la spécialité. Il n'y avait pas à admettre dans cette énumération, la disposition de l'article 2133, qui constitue une application pure et simple du principe. Ce qui le prouve, c'est que cet article s'étend *a fortiori* aux hypothèques générales. Il devrait donc être placé non pas dans la section des hypothèques conventionnelles, mais bien dans les dispositions générales². C'est par inadvertance que le Code a donné à cette disposition la place qu'elle occupe. Il n'a fait que suivre à cet égard la loi de brumaire an VII, qui, dans l'article même où elle réclamait le principe de la spécialité, ajoutait que l'hypothèque s'étendrait *néanmoins* à toutes les améliorations qui y surviendraient. Ainsi présentée, la disposition de l'article 2133 paraissait bien être une dérogation à la prohibition d'hypothéquer les biens à venir. Mais le Code n'ayant pas réuni comme

¹ Loi du 17 juillet 1819 et décret du 10 août 1853.

² P. Pont, t. I, n° 404.

la loi de brumaire ces deux dispositions, il est difficile de présenter l'article 2133 ainsi isolé, comme une dérogation à la règle de la spécialité.

SECTION II.

Spécialité quant à la créance garantie par l'hypothèque.

Le principe de la spécialité, quant à la créance, est consacré dans les termes suivants par l'article 2132 : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme par laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte. » Cette disposition de la loi était indispensable pour que le principe de la spécialité fût appliqué d'une manière complète et efficace; la spécialité quant aux biens et la spécialité quant à la créance, forment les deux parties d'un seul tout : la spécialité. Quel est, en effet, le but de la spécialité? C'est de faire connaître aux tiers la situation hypothécaire du débiteur; or, les tiers ne seraient que bien imparfaitement éclairés, s'ils connaissaient seulement quels sont les biens qui sont hypothéqués, sans savoir jusqu'à concurrence de quelle somme.

L'indication des immeubles hypothéqués doit être nécessairement faite dans l'acte constitutif de l'hypothèque. L'indication du montant de la créance doit être faite dans l'acte par lequel l'hypothèque a été consentie. Cette indication peut encore être faite par le créancier, lors de l'inscription, dans l'hypothèse spéciale prévue dans l'article 2132 *in fine*.

A prendre à la lettre la première partie de l'article 2132, qui exige, pour que la constitution d'hypothèque

soit valable, que la créance soit certaine et déterminée par l'acte d'hypothèque, on devrait dire qu'une créance indéterminée ne peut pas être garantie par une hypothèque. Telle n'est pas, cependant, la pensée de la loi, l'article 2132 commence par se placer dans l'hypothèse la plus fréquente, celle où la créance est certaine et liquide au moment de la constitution de l'hypothèque; mais il ajoute : « Si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription....., que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura le droit de faire réduire s'il y a lieu. » Il sera donc permis, on le voit, de prendre hypothèque pour la garantie d'une créance conditionnelle ou indéterminée.

Ce que le législateur n'a pas voulu, c'est qu'il fût possible de constituer hypothèque d'une manière vague et indéfinie; ainsi, l'hypothèque consentie pour tout ce que le débiteur peut ou pourra devoir au créancier ne serait pas valable. Une telle indication ne serait pas suffisante pour faire connaître aux tiers l'étendue du crédit du débiteur, le principe de la spécialité ne se trouverait plus observé. Tandis que, grâce à la deuxième disposition de l'article 2132, ce principe est suffisamment respecté; il est, sans doute, atteint puisque l'acte constitutif d'hypothèque n'indique pas le montant des sommes garanties, lorsque la créance est indéterminée quant à sa valeur, mais le créancier ne peut prendre inscription, c'est-à-dire rendre l'hypothèque opposable aux tiers, sans déclarer une valeur estimative, qui indique le maximum de son droit hypothécaire.

A s'en tenir à la rédaction de l'article 2132, une créance

conditionnelle pour son existence et une créance indéterminée dans sa valeur doivent être mises sur la même ligne, il n'en est cependant pas ainsi, et il est facile de s'en convaincre.

En effet, une créance conditionnelle, quant à son existence, n'est pas toujours indéterminée quant à sa valeur; par exemple, une personne promet à une autre 5,000 fr., si le navire « Amérique » fait sa prochaine traversée du Havre à New-York dans un délai de neuf jours. Cette créance, bien que conditionnelle quant à son existence, est parfaitement déterminée quant à sa valeur, c'est donc la première partie de l'article 2132 qu'il faut appliquer, et non la seconde, car le montant de la créance est de suite fixé, et il n'y aura pas d'évaluation postérieure à faire. Ce qu'il importe aux tiers de savoir, c'est si l'obligation est conditionnelle, et à quelle condition est subordonné le droit du créancier, et cela ils le sauront par l'indication qui devra en être faite dans l'inscription.

Lorsque la créance est indéterminée quant à sa valeur, c'est au créancier seul qu'il appartient d'en fixer l'évaluation en prenant inscription (art. 2132).

Dans les projets de réforme hypothécaire discutés en 1851, on décidait que l'évaluation serait fixée d'un commun accord entre le créancier et le débiteur. L'article 2124 du projet, admis en deuxième délibération, disait à cet égard : « Si la créance résultant de l'obligation est indéterminée dans sa valeur, le créancier pourra requérir l'inscription, mais seulement jusqu'à concurrence d'une *valeur estimative expressément convenue entre lui et le débiteur* dans l'acte constitutif de la créance ou dans un acte authentique postérieur. »

Le droit qui appartient au créancier d'estimer, dans

son inscription, le montant d'une créance indéterminée, trouve un tempérament dans l'article 2132 lui-même, qui autorise le débiteur à faire réduire le montant de la somme indiquée par le créancier, si cette somme est trop élevée. Les articles 2163 et 2164 indiquent à quelles conditions la réduction sera admise, et quels sont les éléments qui devront guider les juges dans l'appréciation qui leur incombe. Par contre, l'article 2164 *in fine* donne au créancier le droit de prendre de nouvelles inscriptions avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte.

Nous avons jusqu'ici supposé, et cela semble bien résulter des termes de l'article 2132, que toute créance conditionnelle ou indéterminée pouvait être fortifiée par une hypothèque. La question est cependant délicate et fort controversée dans une hypothèse spéciale qui, par suite de sa grande importance pratique et des principes qu'elle met en jeu, a été l'objet de discussions nombreuses. Une hypothèque peut-elle être donnée, pour garantir l'obligation de l'emprunteur, dans une promesse de prêt ou une ouverture de crédit non encore réalisée? Une telle hypothèque est-elle possible; et, si on l'admet, quel devra être son rang?

Ces deux questions sont souvent confondues, de là viennent souvent les erreurs dans lesquelles on est tombé à ce sujet. La controverse porte le plus habituellement bien plus sur la question du rang de cette hypothèque que sur la question de savoir si une telle hypothèque est possible. Cependant, un examen attentif de la question démontre que la principale difficulté est d'établir d'une façon irréfutable en théorie qu'une telle consti-

tution d'hypothèque est légalement possible ; cela une fois admis, la question de rang ne peut plus présenter de graves difficultés.

L'utilité pratique d'une telle constitution d'hypothèque n'est plus à démontrer, et ses avantages sont si considérables, que les auteurs et la jurisprudence sont aujourd'hui à peu près unanimes à la permettre ; mais, il faut bien le reconnaître, ce sont les avantages pratiques qu'elle présente qui les ont conduits à admettre cette solution, qui, à s'en tenir aux seuls principes du Code, devrait être repoussée. En effet, l'article 1174 (C. civ.) est malheureusement trop formel pour que l'on puisse prétendre qu'une telle solution est juridiquement soutenable. « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. » Cet article désigne une condition purement potestative et non pas une condition simplement potestative ; mais ainsi compris est restreint dans sa portée, il est encore en opposition formelle avec la jurisprudence et les auteurs. En effet, l'hypothèque est une obligation accessoire, qui, comme telle, ne peut exister qu'autant que l'obligation principale existe elle-même, sans doute l'obligation principale peut être soumise à un terme, à une condition suspensive ou résolutoire, et l'hypothèque exister sous les mêmes modalités ; mais quelles que soient les modalités affectant l'obligation principale, il faut cependant qu'elle existe *hic et nunc*, pour pouvoir être garantie par une hypothèque. Or, tel n'est pas le cas de l'obligation du crédit ; en réalité, elle n'a aucune existence, tant que le prêt n'a pas été réalisé, car le crédit est toujours libre d'user ou non de l'ouverture du crédit, et par suite de faire naître ou de ne pas faire naître son obligation, et cela ne

dépend que de sa volonté, il y a donc bien là une obligation contractée sous la condition *si voluero*, c'est-à-dire une obligation inexistante.

Telle avait été d'ailleurs à l'origine la manière de voir des auteurs¹ et de la jurisprudence²; en l'abandonnant ils n'ont cédé qu'à la pression des besoins de la pratique, ainsi que cela va être démontré par l'examen et la réfutation des arguments³ qu'ils donnent à l'appui de leur solution.

C'est à tort, dit-on, que l'on prétend que, au cas d'ouverture de crédit non encore réalisée, l'obligation du crédité ne peut pas être garantie par une hypothèque, parce qu'elle est nulle comme contractée sous une condition purement potestative de sa part; c'est appliquer faussement l'article 1174. Sans doute, le crédité peut à son gré user ou non de l'ouverture de crédit, mais le créancier est obligé du jour de la convention, et il ne dépend pas de lui d'exécuter ou non son obligation, l'article 1174 n'est donc pas violé quant à l'obligation du créancier; pour le crédité, s'il s'oblige, ce n'est qu'éventuellement pour le cas où il usera du crédit, mais au moment même où il stipule le crédit, il ne s'oblige pas, il n'est donc pas vrai de dire qu'il s'oblige sous une condition potestative. Il contracte, dit-on, une obligation éventuelle, celle de rendre au créancier les sommes que celui-ci lui avancera, et comme le créancier est obligé de lui faire cette avance, il y a un lien suffisant pour valider l'ouverture de crédit et l'hypothèque qui la ga-

¹ Delvincourt, t. III, p. 298; Battur, t. II, p. 263.

² Colmar, 18 avril 1806, Sirey, 6, 2, 981; Liège, 26 novembre 1823; Pasierisie, 1823, p. 538.

³ V. P. Pont, t. II, n^{os} 741 et s.; Aubry et Rau, t. III, § 266.

rantit; il est juste que le débiteur puisse obtenir de suite une garantie à raison de l'obligation qu'il contracte.

A cela il faut répondre que de deux choses l'une, ou le crédité s'oblige ou il ne s'oblige pas; s'il ne s'oblige pas, il n'y a pas d'hypothèque possible, cela est évident; s'il s'oblige, peu importe le nom donné à son obligation, peu importe que l'on dise que c'est une obligation éventuelle, au fond, le résultat est toujours le même : le crédité n'est obligé qu'autant qu'il réclamera la réalisation du prêt, et il est toujours libre de ne pas la réclamer, cela dépend de sa volonté et rien que de sa volonté, l'obligation est donc en réalité purement postestative de sa part et, par suite, nulle par application de l'article 1174.

Le créiteur, dit-on, est obligé, et il y a un lien suffisant pour valider l'ouverture de crédit et l'hypothèque qui la garantit. Oui, le créiteur est de suite obligé, cela est incontestable, l'obligation d'ouvrir le crédit est née à sa charge, et il ne peut plus s'y soustraire; mais c'est l'obligation du créiteur seule qui est née, quant à celle du crédité, elle n'existe pas encore; or, l'hypothèque dont il est question ici est celle fournie par le crédité au créiteur, c'est-à-dire celle qui doit garantir une obligation inexistante par application de l'article 1174, et l'hypothèque, obligation accessoire, ne peut pas plus exister que l'obligation principale elle-même.

On insiste, et l'on dit qu'il est juste de valider une telle hypothèque. Oui, cela est très juste et très désirable en pratique, il faut même dire plus, la jurisprudence a raison quand elle fait passer ici les motifs d'utilité pratique avant le respect de l'article 1174, et il serait malheureux qu'il en fût autrement aujourd'hui;

mais il faut bien le reconnaître, au point de vue purement théorique, cette solution est inexacte, et ce n'est qu'en laissant de côté l'article 1174 que l'on peut l'admettre.

Pour échapper à l'objection tirée de l'article 1174, d'autre part on a prétendu assimiler l'ouverture de crédit à un mandat, mandat donné par le crédité au créiteur, de rassembler les fonds et de les tenir à sa disposition. Dans ce cas, le contrat serait formé de suite, le crédité serait obligé immédiatement, car le contrat de mandat se forme par l'acceptation du mandataire (1984).

Sans doute, si le crédité avait réellement donné mandat au créiteur de réunir les fonds et de les tenir à sa disposition, le crédité serait obligé par le mandat; malgré son droit de révoquer le mandat quand bon lui semble (art. 2004), il n'en serait pas moins tenu des obligations nées du mandat, vis-à-vis du créiteur qui aurait déjà réuni les fonds, quand même il n'aurait pas usé de crédit ouvert. Mais si le mandant est obligé d'indemniser le mandataire, à raison du préjudice qu'a pu lui causer l'acceptation du mandat, il n'en est pas de même du crédité, qui n'est en rien tenu d'indemniser le créiteur, du préjudice qu'a pu lui causer l'ouverture de crédit promise, mais non réalisée.

On dit aussi (art. 1130) : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. » La dette que contracte le crédité pour le jour où il demandera la réalisation de la promesse de prêt et les sommes que lui fournira le créiteur, peuvent donc dès maintenant être la matière d'une obligation qu'il contracte de suite, obligation de restituer qui peut être garantie par une hypothèque.

Il faut répondre que l'article 1130 ne comprend pas

dans ses termes l'ouverture de crédit, car une dette future est une dette qui n'existe pas encore en tant que dette échue, mais qui existera certainement comme telle; or, il n'en est pas ainsi de la dette du crédit, on ne sait pas s'il usera ou non du crédit, la naissance de la dette est donc subordonnée à un événement futur, mais de plus incertain, c'est-à-dire à une condition et à une condition dépendant de sa simple volonté, c'est donc une obligation purement potestative.

On a quelquefois voulu invoquer deux lois spéciales pour prouver, d'une part, qu'il est possible de constituer une hypothèque comme garantie d'une ouverture de crédit non réalisée, et d'autre part, que cette hypothèque a rang à la date de son inscription, alors même que cette inscription serait antérieure à la réalisation du prêt.

Ce sont : 1° La loi du 10 juin 1853, relative aux sociétés de crédit foncier, article 4, ainsi conçu : « L'hypothèque consentie au profit d'une société de crédit foncier, par le contrat conditionnel de prêt, prend *rang du jour de l'inscription quoique les valeurs soient remises postérieurement.* » Mais si cette loi spéciale prouve que l'hypothèque a rang du jour de l'inscription, indépendamment de la réalisation du prêt, il faut remarquer qu'elle n'a rien à faire à la question qui nous occupe actuellement, car dans l'hypothèse d'un prêt fait par une société de crédit foncier, dès que la convention de prêt est devenue définitive, l'emprunteur n'est plus libre d'accepter ou non le prêt, il est obligé de le réaliser, et de le réaliser tout entier : on ne peut donc plus dire qu'il est tenu sous une condition purement potestative de sa part, et que, par suite, son obligation est

nulle par application de l'article 1174. Il faut, en outre, noter que si le contrat de prêt est ici appelé conditionnel, ce n'est pas en ce sens que l'emprunteur peut ou non le réaliser, mais en ce sens particulier que la réalisation du prêt dépend du résultat de la purge des hypothèques, quand elle doit être accomplie, et du résultat des formalités hypothécaires qui doivent toujours être remplies.

2° La loi du 23 août 1871, article 5 : « Le droit d'hypothèque, fixé à un pour mille par l'article 60 de la loi du 28 avril 1816, sera perçu *lors de l'inscription* des hypothèques garantissant les ouvertures du crédit. »

On pourrait objecter que cet article ne dit pas s'il faut que le prêt soit ou non réalisé, pour que l'inscription puisse être prise. Mais, cet argument de texte perd toute sa force, si l'on considère que le but de cette loi a été d'assurer la perception de la totalité du droit d'hypothèque, dans tous les cas, que le prêt fût ou non réalisé.

Malgré tout, il faut cependant soutenir que l'argument tiré de l'article 5 n'est pas décisif, car la loi du 23 août 1871, est une loi fiscale, qui a seulement eu pour but d'augmenter les ressources du Trésor; elle n'a nullement songé à trancher la question de savoir si l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit non réalisée était permise. Les législateurs ont simplement constaté ce qui avait lieu en fait, à savoir, que la constitution d'une telle hypothèque était admise dans la pratique, et se plaçant à ce point de vue, le seul qui les intéressait dans une loi fiscale, ils ont décidé que le droit frappant ces constitutions d'hypothèque serait perçu pour le tout, dès le jour de l'inscription, sans

chercher si oui ou non ces hypothèques étaient consenties en violation de l'article 1174.

Quant à la question du rang de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit, elle ne peut se poser qu'autant que l'on admet la possibilité d'une telle hypothèque.

Cela étant admis, la question n'est guère douteuse, sans vouloir examiner ici, dans tous les détails qu'elle comporte, cette question qui a trait à l'inscription, et non plus à la constitution même de l'hypothèque, on peut cependant dire que cette hypothèque aura rang du jour de l'inscription. Décider le contraire, serait ôter toute utilité pratique à une telle hypothèque. Ce serait de plus violer les principes applicables en matière de condition; du jour de l'ouverture de crédit, si l'on admet que l'obligation du crédit est valablement formée, le créancier a pu obtenir une hypothèque en garantie de cette obligation, cette hypothèque conditionnelle suivra le sort de l'obligation principale (art. 2123), la condition venant à se réaliser, elle remontera dans ses effets au jour même de la convention.

On peut également invoquer en ce sens les deux lois précédemment citées.

La loi Belge a mis fin à toute possibilité de controverse, en décidant qu'une telle hypothèque est valable, et a rang du jour de l'inscription; l'article 80-3° de cette loi, qui remplace l'article 2132 du Code civil, est ainsi conçu : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à fournir, est valable; elle prend rang à la date de son inscription, sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds, qui pourra être établie par tous les moyens légaux. »

CHAPITRE III.

Des personnes qui peuvent constituer hypothèque.



Les conditions de capacité requises pour constituer hypothèque, résultent de la nature même du droit qui est créé par ce contrat.

Pour le créancier au profit duquel elle est constituée, une seule condition est exigée : il faut et il suffit qu'ils oit capable de donner son consentement.

De la part de celui qui concède l'hypothèque, c'est-à-dire de la part du débiteur, ou, plus rarement, de la part du tiers qui fournit cette sûreté pour la dette d'autrui, la loi veut :

1° Qu'il soit propriétaire de l'immeuble sur lequel il consent l'hypothèque;

2° Qu'il ait la capacité d'aliéner l'immeuble hypothéqué.

La loi exige donc chez le constituant deux conditions qui vont faire l'objet de deux sections distinctes.

SECTION I.

Le constituant doit être propriétaire.

Pour pouvoir hypothéquer, il faut avoir le droit sur lequel on constitue une hypothèque; être propriétaire s'il s'agit d'hypothéquer la propriété; être usufruitier, si l'hypothèque doit porter sur un usufruit.

Cette proposition n'est point formulée expressément par le Code; mais elle résulte implicitement de diverses dispositions sur la matière. Ainsi, l'article 2124, en décidant que pour consentir une hypothèque il faut être capable d'aliéner, implique par là même que le constituant doit être propriétaire, car s'il en était autrement, il ne pourrait pas aliéner (art. 1599). On peut en dire autant de l'article 2125, qui statue sur le sort de l'hypothèque constituée par celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit soumis à une condition, et décide que l'hypothèque aura alors le même sort que le droit du constituant; cet article suppose donc que le constituant est nécessairement propriétaire.

Enfin, on peut aussi invoquer en ce sens l'article 2129. Quoique l'objet principal de cet article soit de régler la spécialité de l'hypothèque, bien plus que la capacité des parties, et bien qu'il n'ait pas été écrit directement en vue d'exiger la qualité de propriétaire chez le constituant, on peut dire cependant que cela résulte clairement de ses termes. D'une part, en effet, il exige que l'acte constitutif de l'hypothèque contienne la déclaration de « la nature et de la situation de chacun des immeubles *actuellement*

appartenant au débiteur; » d'autre part, il ajoute : « Chacun de tous *ses biens présents* peut être nominativement soumis à l'hypothèque; » enfin, il termine en disant : « Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. »

Si le constituant pouvait hypothéquer des biens dont il n'est pas propriétaire, il n'y aurait pas lieu, d'une part, de parler des biens actuellement appartenant au débiteur, ni d'autre part, d'opposer ses biens présents aux biens à venir pour prohiber l'hypothèque de ces derniers.

Mais, il est inutile d'insister davantage sur ce point, qui n'est pas contesté aujourd'hui et était déjà admis dans l'ancien droit, notamment par Pothier. « L'hypothèque, disait-il, étant un droit dans la chose, c'est une conséquence qu'il ne peut être accordé que par celui à qui la chose appartient et qui en est le propriétaire; celui qui ne l'est pas ne pouvant transférer à un autre un droit dans une chose qu'il n'a pas lui-même¹.

Si le constituant n'est pas propriétaire de l'immeuble hypothéqué, l'hypothèque sera nécessairement nulle; elle sera non pas simplement annulable, mais inexistante, car il ne s'agit pas ici d'un défaut de caractère dans la personne du constituant, mais bien de l'absence d'une condition de fond requise par la loi : Comme le disent fort bien MM. Aubry et Rau : « La propriété de l'immeuble dans la personne du constituant n'est pas une simple condition de la *capacité personnelle*, mais une condition de la *possibilité légale* de l'affectation hypothécaire en soi².

En d'autres termes, cette nullité sera de même nature que celle qui résulterait d'un défaut de forme, ou de l'observation de la règle de la spécialité.

¹ Pothier, *Traité de l'hypot.*, n° 44.

² Aubry et Rau, t. III, § 266, note 4.

Le Code, dans l'article 1599, proclame la nullité de la vente de la chose d'autrui; et cette règle s'applique naturellement à l'hypothèque de la chose d'autrui, laquelle se résume en une aliénation partielle¹.

En conséquence, la constitution d'une hypothèque sur la chose d'autrui sera radicalement nulle; elle ne pourra donc être ratifiée, ni expressément, ni tacitement. Pour qu'elle devienne efficace, une nouvelle constitution sera nécessaire.

L'hypothèque de la chose d'autrui était déjà nulle dans le droit romain² qui, cependant, admettait la validité de la vente de la chose d'autrui. Cette différence entre la vente et l'hypothèque tenait à ce que le vendeur s'obligeait simplement à procurer à l'acheteur la libre possession, mais non la propriété de la chose vendue, « *vacuam possessionem tradere*, » tandis que le constituant d'une hypothèque conférait au créancier un droit réel sur la chose hypothéquée. En un mot, la vente de la chose d'autrui était valable à Rome, en ce que l'on pouvait toujours contracter une obligation personnelle, même relativement à une chose dont on n'était pas propriétaire³, tandis que l'hypothèque de la chose d'autrui était nulle, en ce que l'on ne pouvait pas conférer sur une chose dont on n'était pas propriétaire, un droit réel sans lequel l'hypothèque ne pouvait exister⁴.

Mais aujourd'hui que la vente n'est pas simplement productive d'obligations, mais translatrice de propriété, il n'y a plus de raison de maintenir cette différence entre

¹ Martou, t. III, n° 953.

² Loi 6, C., *Si alii res pign. data sit*, VIII, xvi.

³ Loi 28, D., *De cont. empt.*, XVIII, 1.

⁴ Martou, *loc. cit.*

l'hypothèque et la vente de la chose d'autrui; cette dernière devait donc être déclarée nulle de même que l'hypothèque de la chose d'autrui.

Mais il est rare, en pratique, que l'on constitue purement et simplement hypothèque sur la chose d'autrui, et la question se présentera sous des aspects très divers.

Que devra-t-on décider, par exemple, dans le cas où le constituant se sera porté fort pour le véritable propriétaire? Par exemple, Primus constitue une hypothèque sur la maison de Secundus, et se porte fort que ce dernier ratifiera la convention.

Il est certain que dans ce cas Secundus n'est pas engagé, et que son engagement ne peut prendre naissance, que s'il consent à ratifier l'acte du porte-fort. Mais si cette ratification intervient, aura-t-elle pour effet de valider l'hypothèque ainsi consentie?

Oui, a-t-on dit, la ratification validera alors l'hypothèque, car on ne se trouve plus dans l'hypothèse d'une hypothèque sur la chose d'autrui. Il s'agit de la promesse du fait d'autrui; or, se porter fort pour un tiers, en promettant son fait, c'est là une convention parfaitement licite (art. 1120)¹.

Mais pour qu'une telle hypothèque soit valable, on exige que le propriétaire donne son consentement par acte authentique; prise en soi, cette dernière solution est logique, et découle des règles posées dans notre premier chapitre, relativement à la constitution de l'hypothèque par mandataire². On décide également, et l'arrêt précité est en ce sens, que la ratification aura effet rétroactif, et

¹ En ce sens, C. cas., Ch. civile, 13 déc. 1875, D., 1876, 1, 97.

² V. *suprà*, p. 123 et s.

que l'hypothèque vaudra du jour de l'inscription primitive, indépendamment d'une nouvelle inscription; ceci est parfaitement conforme aux règles du mandat ou de la gestion d'affaires, et si l'on admet que l'on se trouve dans l'une de ces deux hypothèses, telle est bien la solution qui s'impose; le maître de l'affaire, en effet, est réputé avoir fait lui-même, à l'époque où il a été passé, par son représentant, l'acte susceptible de ratification. Les partisans de ce système sont aussi obligés de décider que la ratification, tout en rétroagissant, ne pourra pas préjudicier aux droits des tiers (art. 1338)¹.

Il semble cependant bien difficile d'admettre la validité d'une telle constitution d'hypothèque, car la qualité de propriétaire chez le constituant est, ainsi que cela a déjà été dit, une condition de la possibilité légale de l'affectation hypothécaire en soi (art. 2125 et 2129 comparés). Si le constituant n'est pas propriétaire, l'hypothèque est inexistante; or, on ne peut pas confirmer le néant, le porte-fort n'ayant pas pu créer une hypothèque, même conditionnelle, il n'y a pas de ratification possible de la part du propriétaire. Il faudra donc une nouvelle constitution d'hypothèque et une nouvelle inscription. Comme le disent fort exactement MM. Aubry et Rau : « La règle *ratihabitio mandato aequiparatur*, vraie pour les actes que le consentement des parties suffit à rendre valables et efficaces, ne saurait s'appliquer à des actes pour la validité et l'efficacité desquels la loi exige des conditions particulières et des formes spéciales ². » L'effet de la disposition de l'article 1120, sera tout au plus, le

¹ En ce sens, P. Pont, *Hyp.*, t. II, n° 626.

² Aubry et Rau, t. III, § 266, note 6.

propriétaire ayant ratifié simplement l'obligation contractée par le porte-fort, de l'obliger à constituer une hypothèque sur son immeuble. En un mot, la ratification ne pourra alors avoir d'autre effet que de créer une promesse d'hypothèque, de la part du propriétaire envers le créancier, mais elle n'engendrera pas par elle-même l'hypothèque, et le créancier, ainsi que cela a été expliqué au chapitre premier¹, n'aura alors que le droit de réclamer du propriétaire une constitution d'hypothèque, et au cas de refus de ce dernier, il pourra agir en justice et obtenir ainsi une hypothèque judiciaire.

Sans doute si la ratification réunit les conditions de forme nécessaires à la validité de l'acte constitutif de l'hypothèque, elle pourra engendrer l'hypothèque, mais alors elle vaudra non à titre de confirmation, mais à titre d'acte constitutif nouveau, et comme c'est elle qui créera en réalité l'hypothèque, une nouvelle inscription sera nécessaire².

On se demande également si, lorsque le constituant devient propriétaire de l'hypothèque, ce fait a pour résultat de valider l'hypothèque de la chose d'autrui.

En droit romain, l'action hypothécaire ordinaire était dans ce cas refusée au créancier³; on ne pouvait, en effet, lui donner cette action, car d'après la rédaction de la formule, il devait alors prouver que l'objet était dans les biens du débiteur, au moment de la constitution de l'hypothèque⁴. Le créancier n'était cependant pas tout à fait désarmé, et il pouvait, selon certaines distinctions, faire

¹ S. V. *Supra*, p. 131 et s.

² Thézard, *Privil. et hyp.*, n° 50.

³ Loi 5, C., *Si aliena res*, VIII, xvi.

⁴ Loi 15, § 1, D., *De pign. et hyp.*, XX, 1.

valoir son droit contre le débiteur devenu propriétaire du bien hypothéqué.

Lorsque le créancier était de bonne foi, on lui donnait une exception et une action utile. L'exception lui suffisait et lui servait lorsque, étant en possession de la chose hypothéquée, son débiteur agissait en revendication contre lui. Si, au contraire, il n'avait pas la possession de la chose en considération de sa bonne foi, on lui accordait l'action hypothécaire utile ¹.

Quant au créancier de mauvaise foi, lorsqu'il était en possession, il pouvait repousser la revendication du débiteur par une exception ², mais Papinien, dans la même loi, lui refuse l'action utile. La question était cependant controversée et d'autres jurisconsultes n'exigeant pas expressément la bonne foi chez le créancier, pour lui donner cette action, on a prétendu qu'ils la lui donnaient dans tous les cas, sans distinguer ³. Il semble cependant préférable de décider que le créancier n'avait l'action utile qu'autant qu'il était de bonne foi, cela semble d'abord résulter de la fin de la loi 41 elle-même, dans laquelle Paul, supposant que le débiteur a trompé le créancier, se décide par cette raison en faveur de ce dernier. Une autre raison d'en décider ainsi, tient à ce que l'action utile n'était donnée que par des motifs d'équité, qui n'avaient plus leur raison d'être, quand le créancier avait connus la fraude du débiteur.

Dans notre droit actuel, la question est l'objet de vives controverses. Il y a un point certain, c'est que

¹ Loi 1 pr., *De pign. et hyp.*, D., XX, 1.

² Loi 1 pr., D., *loc. cit.*

³ Loi 41, D., *De pign. act.*, XIII, vii; loi 7, § 2, *De S. C. T. Maced.* XIV, vi.

l'hypothèque est radicalement nulle, à l'égard de celui qui a acquis sur l'immeuble un droit réel, du chef du propriétaire originaire, et qui l'a conservé par une inscription prise avant que l'immeuble fût devenu la propriété de celui qui l'avait hypothéqué, alors qu'il n'en était pas encore propriétaire. Car même en admettant que le fait que le débiteur est devenu propriétaire, constitue une ratification virtuelle de l'hypothèque, ce ne peut être que sous réserve des droits des tiers auxquels le véritable propriétaire a légalement conféré des droits, car l'immeuble n'entre dans le patrimoine du constituant que grevé des hypothèques valablement consenties et inscrites.

La question de savoir si l'on peut invoquer la nullité de cette hypothèque, se pose donc seulement pour les tiers qui ont acquis des droits réels du constituant, depuis qu'il est devenu propriétaire, et pour le constituant lui-même.

La question étant ainsi posée, il faut décider qu'une telle hypothèque est inexistante comme manquant tout à fait de fondement. Cela résulte des articles 2124 et 2129, et de la comparaison de ces deux articles, ainsi que cela a été expliqué au commencement de la section¹.

Si l'on validait l'hypothèque constituée sur la chose d'autrui par le débiteur, quand il en devient propriétaire, ce serait lui permettre d'hypothéquer ses biens à venir, en violation de l'article 2129. La convention d'hypothèque étant nulle, la nullité pourra être invoquée non-seulement par les tiers intéressés, mais aussi par le débiteur lui-même, sauf cependant s'il avait agi frauduleusement²,

¹ V. *suprà*, p. 191 et s.

² Aubry et Rau, t. III, p. 264.

car on ne saurait admettre qu'il puisse profiter de sa mauvaise foi vis-à-vis du créancier qu'il a trompé.

On a cependant repoussé cette solution, et on a dit que les tiers qui ont traité avec le débiteur devenu propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ne pouvaient pas invoquer la nullité de l'hypothèque, sans violer le principe « *confirmato jure dantis confirmatur jus accipientis.* »

Il ne faut pas admettre ici l'application de cette maxime; l'hypothèque n'a pas pu naître, car le débiteur n'avait aucune espèce de droit sur l'immeuble, au moment où il a consenti l'hypothèque, et il ne peut être question de confirmation lorsque le droit à confirmer n'existe pas. Cette maxime ne s'applique qu'autant que la propriété est affectée d'un vice susceptible d'être couvert, mais ici, le constituant n'ayant aucune propriété, ni conditionnelle ni résoluble, il ne peut être question de confirmer son droit ni un droit qui dériverait du sien.

On invoque également, pour soutenir la validité de la première hypothèque, la maxime « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.* » Les ayants-cause du débiteur, auxquels il a hypothéqué l'immeuble, depuis qu'il en est devenu propriétaire, n'ont pas pu acquérir sur l'immeuble, plus de droits qu'il n'en avait lui-même, et doivent, par conséquent, respecter les droits réels qu'il a déjà conférés.

Pour raisonner ainsi, il faudrait commencer par admettre que la nullité de l'hypothèque ne peut pas être invoquée par le débiteur. Mais alors même que cela serait admis, il faudrait cependant reconnaître au créancier hypothécaire, dont le droit est né depuis que le débiteur est devenu propriétaire, le droit d'invoquer la nullité de l'hypothèque antérieurement consentie, sans que l'on puisse

lui objecter sa qualité d'ayant-cause du constituant, car, ainsi que le dit fort bien un arrêt de la Cour de Nancy, « les qualités d'ayants-cause et de tiers se cumulent quelquefois, et permettent soit à un créancier, soit à un acquéreur, d'exercer des droits distincts de ceux de leur auteur, comme par exemple, lorsqu'il s'agit d'écarter une contre-lettre ou un acte sans date certaine. Il doit en être de même, toutes les fois que les créanciers du même débiteur ont à discuter entre eux, dans un ordre, la validité ou la nullité des hypothèques qu'ils ont acquises sur lui, dans des circonstances et à des époques différentes. Ils agissent comme tiers en ce cas, puisque, pour établir leurs contredits, ils n'ont pas besoin de s'étayer exclusivement des droits à eux transmis par leur débiteur. Au contraire, ils tirent leurs arguments de la loi, des prohibitions qu'elle a faites et des nullités qu'elle a prononcées; et la question d'ayant-cause ainsi écartée, on comprend à merveille des créanciers excipant, à propos d'une hypothèque consentie par le débiteur, d'un moyen de nullité que celui-ci ne pourrait pas opposer¹. »

Les conditions de la constitution de l'hypothèque sont exigées dans l'intérêt du débiteur et des tiers avec lesquels il pourra ultérieurement contracter, et on ne voit par conséquent, pas pourquoi on ne leur donnerait pas, aux uns comme aux autres, le droit d'opposer la nullité de l'hypothèque irrégulièrement consentie. On peut d'ailleurs ajouter que, s'il y a lieu de refuser au constituant le droit d'invoquer la nullité de l'hypothèque, parce qu'il y a eu mauvaise foi de sa part, le même motif ne saurait être invoqué contre les tiers auxquels il a conféré des hypothèques.

¹ Cour de Nancy, 30 mai 1843, Sirey, 43, 547.

ques sur l'immeuble, alors qu'il en était devenu propriétaire; ils ont régulièrement traité avec ce dernier, et il y aurait injustice à leur faire subir la peine d'une faute qu'ils n'ont pas commise.

C'est à tort que l'on dirait : Les tiers ont été prévenus par l'inscription, ils n'ont donc pas le droit de se plaindre. Sans doute l'inscription les a prévenus, mais elle leur a seulement appris que l'hypothèque n'avait pu valablement être constituée sur l'immeuble qui était à autrui; et que par conséquent ils pouvaient, en toute sécurité, traiter avec le constituant devenu propriétaire; et il ne faut pas oublier que, si l'inscription a pour effet de révéler aux tiers l'existence d'une hypothèque valablement constituée, elle ne saurait valider l'hypothèque, quand la constitution est entachée d'un vice de nullité qui ne peut être couvert.

Les auteurs de la loi Belge, lors de la discussion, se sont nettement prononcés dans le sens de la nullité absolue de cette hypothèque.

C'est ainsi que M. Lelièvre, rapporteur de la commission de la Chambre des représentants, disait dans un premier rapport : « L'hypothèque ne pouvant être établie que sur les biens appartenant actuellement au débiteur, il s'ensuit que l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui serait nulle alors même que celui qui l'a promise deviendrait ensuite propriétaire de l'immeuble. En présentant l'article tel qu'il est rédigé, la commission tranche en ce sens une difficulté qui s'était élevée à cet égard, et notre opinion sur ce point résulte évidemment du texte légal exigeant que l'immeuble appartienne au débiteur lors de la constitution de l'hypothèque et défendant d'affecter les biens à venir. »

Il faut cependant observer que la rédaction de l'article

78 de la loi Belge ne tranche pas la difficulté comme semble l'affirmer M. Lelièvre dans son rapport; les termes employés sont, en effet, les mêmes que ceux de l'article 2129 du Code civil, sauf la suppression de la phrase relative aux biens présents. La controverse subsiste donc encore en Belgique, mais fort amoindrie par les considérations du rapporteur de la loi.

Lorsque le propriétaire de l'immeuble vient à succéder au constituant, il faut également lui donner le droit d'invoquer la nullité de l'hypothèque. Cela ne peut faire de doute, dès que l'on admet que, dans l'hypothèse précédente, le débiteur peut invoquer la nullité de l'hypothèque, et il n'y aurait pas à distinguer si le constituant a été de bonne ou de mauvaise foi, car le propriétaire n'est pas coupable et on ne saurait lui reprocher la fraude du *de cujus*.

L'hypothèque consentie sur un immeuble dont le constituant est ensuite devenu propriétaire, serait nulle alors même que la constitution aurait été faite sous la condition que le bien entrerait dans le patrimoine du constituant¹.

Vainement on a soutenu le contraire, en invoquant le droit romain, qui déclarait valable l'hypothèque de la chose d'autrui, lorsqu'elle avait été consentie sous la condition expresse « *si res debitoris facta fuerit*². » Cette exception à la règle prohibitive de l'hypothèque de la chose d'autrui, se conçoit dans la législation romaine, qui permettait l'hypothèque des biens à venir, mais elle ne saurait être admise de même dans notre législation; elle serait contraire à l'article 2129, disant qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui porte

¹ En ce sens, Aubry et Rau, t. III, p. 262, texte et note 5.

² Loi 16, § 7, *De pign. et hyp.*, D., XX, 1.

sur un bien actuellement appartenant au débiteur. A tort on objecte que, dans cette hypothèse, il y a spécialité, puisque l'on sait sur quel immeuble portera l'hypothèque, l'article 2129 ne distingue pas et il ne permet pas plus d'hypothéquer un bien à venir déterminé qu'une universalité de biens à venir non déterminés. Enfin, il faut dire que l'article 2130, indiquant les conditions auxquelles les biens à venir peuvent être hypothéqués, indique par là même que l'hypothèque est impossible, toutes les fois que l'on ne se trouve pas dans les hypothèses prévues par cet article.

On ne pourrait pas dire que la constitution a été faite sous la condition de l'acquisition de l'immeuble par le débiteur, et qu'elle est par suite valable, comme toute autre constitution conditionnelle (art. 2125), autrement, il n'y aurait pas d'acte juridique qui ne fût conditionnel. La condition est un événement futur et incertain dont les parties font, d'une façon arbitraire, dépendre l'existence d'une opération juridique; par exemple, si Primus fait à Secundus donation d'une grande partie de ses biens, sous la condition que, dans un délai de dix ans, il ne se marie pas, il y a là une véritable condition. Mais il n'en est pas de même ici; sans doute, l'acquisition d'un immeuble par le débiteur est un événement futur et incertain, mais ce ne sont pas les parties qui font dépendre de cet événement la validité de l'acte; c'est la loi elle-même qui fait dépendre la validité de la constitution d'hypothèque de la qualité de propriétaire chez le constituant, c'est ce que l'on appelait en droit romain une *conditio legis*. Ainsi, le legs ne peut avoir effet que si le légataire survit au testateur, ce qui est bien un événement futur et incertain, cependant ce n'est pas une condition, c'est une *conditio legis*, c'est la loi elle-même

qui pose cette condition, il n'y a pas de legs sans cela, ce n'est donc pas un événement futur et incertain dont les parties font dépendre la validité du legs. Il est donc absolument impossible de voir, dans la clause « *si res debitoris facta fuerit*, » une condition de la nature de celles qu'a en vue l'article 2125, permettant d'hypothéquer les biens sur lesquels on n'a qu'un droit conditionnel ou résoluble, autrement il serait trop facile d'éluder la défense d'hypothéquer la chose d'autrui ou les biens à venir. L'article 2125 suppose que le constituant a un droit qui, pour n'être pas incommutable, existe cependant *hic et nunc*; or, dans l'hypothèse prévue, le constituant n'a aucune espèce de droit, et par conséquent ne se trouve pas dans les termes de l'article 2125.

Il faut être propriétaire, pour pouvoir hypothéquer; cependant ceux qui n'ont qu'un droit de jouissance peuvent, selon certaines distinctions, conférer une hypothèque valable. Il en est ainsi notamment pour l'usufruitier et le locataire ou fermier.

Quant à l'usufruitier d'un immeuble, il peut hypothéquer son droit (art. 2118-2°), car l'usufruit sur un immeuble est un droit réel immobilier; mais il ne peut pas hypothéquer la nue propriété, car c'est un droit qui ne lui appartient pas, et il ne peut hypothéquer la chose d'autrui. Il ne pourrait même pas l'hypothéquer sous la condition qu'il l'acquerra plus tard; on ne peut pas, en effet, dire qu'il y a là une véritable condition, rentrant dans les cas prévus par l'article 2125.

Cette hypothèque prendra fin avec l'usufruit lui-même, a moins que l'usufruitier n'ait fait cesser son droit par son propre fait, car il ne doit pas dépendre de l'usufruitier de rendre illusoire l'hypothèque qu'il a donnée, et sans la-

quelle le créancier n'aurait pas consenti à traiter avec lui¹.

Quant au fermier et au locataire, ils ne peuvent pas hypothéquer l'immeuble loué, car il ne leur appartient pas, et il faut en dire autant de leur droit de jouissance qui, selon l'avis général, est un droit mobilier. Mais la question présente plus de difficulté, s'ils élèvent des bâtiments sur le terrain loué ou la ferme.

La question s'est présentée en Belgique, il y a déjà quelques années, et la Cour de Bruxelles s'est prononcée pour la négative. Voici en quoi se résume la théorie de cet arrêt : pour consentir une hypothèque valable, il faut que la chose hypothéquée soit un immeuble, et, de plus, qu'elle soit telle dans le chef du constituant; si lors de la constitution de l'hypothèque les bâtiments élevés par le locataire étaient des immeubles, d'après l'arrêt, ils avaient ce caractère, non pas dans le chef du constructeur, mais plutôt dans le chef du propriétaire du sol, cela par application de l'article 518 C. civ., d'après lequel les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature².

Il faut cependant repousser cette manière de voir. Sans doute, on peut prétendre que vis-à-vis du propriétaire du sol le droit du locataire est mobilier, attendu qu'il ne peut réclamer qu'une chose, la valeur des matériaux. Mais ce n'est pas vis-à-vis du propriétaire du sol que la question se pose, d'autant plus que son droit ne doit s'ouvrir qu'à l'expiration du bail. Or, vis-à-vis de toutes autres personnes, et tant que le bail se continue, les

¹ Duranton, t. XIX, n. 262.

² Cour de Bruxelles, 31 octobre 1851. *Belg. judiciaire*, IX, 1563.

bâtiments sont des immeubles entre les mains du locataire qui les a édifiés; c'est par application de cette idée que l'administration de l'enregistrement perçoit les droits qui frappent les aliénations immobilières au cas de vente de ces bâtiments faite par le constructeur.

Ces constructions étant des immeubles à l'égard du locataire, il faut donc dire qu'il peut les hypothéquer. Mais l'hypothèque consentie par le locataire ne sera pas toujours efficace, attendu que son droit de propriété est résoluble et que l'hypothèque se résoudra avec lui. Il faut, à ce sujet, distinguer suivant que les constructions ont été élevées avec ou sans le consentement du propriétaire du sol.

Le propriétaire a-t-il autorisé ces constructions, à charge de les laisser sur le sol, avec ou sans indemnité, à la fin du bail, la constitution d'hypothèque ne produira aucun effet, car le propriétaire du sol est alors censé avoir toujours été propriétaire des bâtiments, et, au cas d'indemnité, le droit des locataires ne porte que sur cette valeur purement mobilière. C'est en ce sens que la Cour de cassation a jugé que les constructions élevées par un locataire ne peuvent être l'objet d'une saisie immobilière de la part de ses créanciers, et qu'elles deviennent de suite la propriété du bailleur, sous réserve du droit de jouissance du preneur pendant la durée du bail¹.

Si, au contraire, le propriétaire du sol n'a pas autorisé les constructions, il faut distinguer suivant qu'il les conservera ou en exigera la démolition (art. 555 C. civ.).

Le propriétaire exige-t-il l'enlèvement des constructions, il faut alors voir à quel moment le créancier hypo-

¹ Cour cass., Req., 27 mai 1873, D., 73, 4, 410.

thécaire fait valoir son hypothèque. Ce dernier a-t-il fait saisir et vendre les bâtiments avant leur destruction, l'hypothèque produira son effet, et le prix sera distribué comme celui d'une chose immobilière, car les bâtiments étant encore adhérents au sol, au moment de la saisie et de la vente, ont retenu par cela même leur nature immobilière. Mais, si le créancier ne fait valoir son hypothèque qu'après la démolition des bâtiments, il n'y a plus que des matériaux qui ont repris leur caractère mobilier, l'hypothèque a péri avec l'immeuble et le prix de ces meubles est distribué au marc le franc entre tous les créanciers du débiteur. Si le locataire avait vendu volontairement les bâtiments avant leur démolition, le créancier hypothécaire pourrait faire valoir son hypothèque, à condition de venir avant que l'acquéreur ait payé son prix au locataire, et dans ce cas lors même que la vente aurait été faite à charge de démolition, le prix devrait en être distribué entre les créanciers hypothécaires, car c'est en résumé un immeuble qui a été vendu ¹.

Si le propriétaire préfère conserver les bâtiments élevés par son locataire, l'hypothèque constituée par ce dernier est résolue comme son droit de propriété. Le propriétaire du sol, en effet, est alors censé avoir toujours été propriétaire des bâtiments, par droit d'accession, c'est-à-dire par un droit né du jour même où les constructions ont été élevées. Quant au locataire, son droit se résume dans une indemnité, chose essentiellement mobilière, le créancier hypothécaire ne peut donc, on le comprend, avoir aucun droit sur elle.

Mais, s'il faut être propriétaire pour pouvoir hypo-

¹ Cour cass., Req., 13 fév. 1872, D., 72, 1, 256.

théquer, la loi n'exige pas que l'on soit propriétaire incommutable.

C'est ce qui résulte de l'article 2125 ainsi conçu : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. » Il ne faudrait pas croire que cet article viole la règle que pour pouvoir hypothéquer il faut être *actuellement propriétaire* (art. 2129) des biens hypothéqués, ces expressions ne doivent pas être prises à la lettre, et il faut bien remarquer que nous sommes propriétaires non-seulement des biens qui sont dans notre patrimoine et sur lesquels nous avons un droit de propriété actuel et reconnu, mais aussi de ceux sur lesquels nous avons un droit de propriété conditionnel, ou un droit de propriété que nous pouvons faire reconnaître judiciairement ou autrement.

Si donc le droit du constituant est suspendu par une condition, l'hypothèque est subordonnée à la même condition ; si, par exemple, Primus vend sa maison à Secundus sous la condition suspensive *si navis ex Asia venerit*, et que *pendente conditione*, l'acheteur consente une hypothèque sur la maison de Primus, le sort de cette hypothèque dépendra de celui de la propriété. Si la condition se réalise, Secundus étant censé avoir toujours été propriétaire, l'hypothèque produira tout son effet. Si au contraire la condition vient à défaillir, il n'a jamais été propriétaire de l'immeuble et l'hypothèque par lui consentie est non avenue.

De même, l'hypothèque constituée par un propriétaire sans condition résolutoire est censée n'avoir jamais existé, si la condition se réalise, tandis que si la condition vient à

défaillir, elle est regardée comme ayant été valablement constituée dès l'origine.

Si l'hypothèque a été consentie par une personne n'ayant qu'une action en revendication, résolution, nullité ou rescision, pour rentrer dans la propriété de l'immeuble, l'hypothèque par elle consentie sera valable, mais à condition qu'elle triomphe dans l'exercice de son action. Si donc Primus a vendu sa maison à Secundus, mais que le consentement du vendeur ait été surpris par dol ou extorqué par violence, et qu'il agisse en nullité; ou s'il agit en résolution faute de paiement du prix, ou en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, ou si encore Primus revendique sa maison contre Secundus qui la possède indûment, dans toutes ces hypothèses, l'hypothèque consentie par Primus produira ou non effet, suivant le résultat définitif de l'exercice de son action.

Il faut en dire autant, du cas où l'hypothèque a été consentie par le détenteur de l'immeuble, contre lequel une des actions précédemment citées peut être exercée. Le sort de cette hypothèque dépendra du résultat du procès; valable s'il triomphe, elle sera sans effet s'il succombe. C'est ainsi que seront valables sous ces conditions, les hypothèques conférées par l'acquéreur à réméré pendant la durée de l'exercice du réméré, ou par l'acquéreur contre lequel le vendeur peut agir en résolution pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, ou par le donataire, bien que sa donation puisse tomber pour cause de survenance d'enfants ou inexécution des conditions.

Toutefois, il faut remarquer que la règle inscrite dans l'article 2125 souffre des exceptions. On peut citer deux hypothèses, dans lesquelles la résolution du droit du constituant n'entraîne pas celle de l'hypothèque par lui con-

sentie. La première est relative à l'envoyé en possession définitive des biens de l'absent, qui peut les aliéner et les hypothéquer irrévocablement, sans que le retour de l'absent puisse porter aucune atteinte aux droits réels par lui consentis (art. 132); la seconde est celle où le constituant étant un donataire, sa donation est révoquée pour cause d'ingratitude; aux termes de l'article 958 : « La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, *ni aux hypothèques* et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation... »

L'article 2125, en consacrant les diverses solutions précédemment données, ne fait qu'appliquer les principes généraux consacrés par les maximes bien connues : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*¹ » et « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. »

On a cependant contesté, dans certaines hypothèses, l'application de ces principes, et sans vouloir examiner successivement tous les cas dans lesquels la question se présente, car c'est la même règle qui doit toujours être appliquée, il faut cependant signaler certaines hypothèses qui, à raison de l'intérêt particulier qu'elles présentent, et des controverses auxquelles elles ont donné lieu, méritent un examen spécial.

On a soutenu que l'article 2125 n'était pas applicable à l'ancien propriétaire, qui ne pourrait rentrer dans la propriété d'un immeuble valablement aliéné, que par l'effet soit d'une condition résolutoire casuelle ou mixte, soit d'un pacte commissaire, exprès ou tacite, et que cet ancien propriétaire ne pourrait hypothéquer cet immeuble

¹ Ulpien, l. 54, D., *De div. reg. jur.*, L. xvii.

avant l'événement de la condition résolutoire, ou l'introduction de l'action en résolution. C'est ainsi notamment que l'on a dénié au vendeur à réméré le droit d'hypothéquer *pendente conditione* l'immeuble vendu¹, et que l'on a soutenu que cette hypothèque serait sans effet nonobstant l'exercice par le vendeur, de son droit de réméré. Le vendeur, a-t-on dit, ne peut pas alors valablement hypothéquer, parce qu'il n'est plus propriétaire, il n'a plus qu'un *jus ad rem*².

La Cour d'Angers se prononçait en ce sens, dans ses observations sur les projets de réforme du régime hypothécaire, en 1844, et elle disait : « Comment admettre cette singularité, que nous appellerions volontiers monstrueuse, de deux personnes donnant en même temps hypothèque sur le même bien ? Titius, par exemple, parce que ne l'ayant vendu qu'à réméré, il est encore dans le délai qui lui permet de redevenir propriétaire en restituant le prix et les loyaux coûts ; et Mœvius parce qu'il le détient à titre d'acquéreur, bien qu'exposé à l'éviction la plus prochaine au moyen du rachat qui a été stipulé³. » La Cour prétendait que l'acquéreur seul avait le droit de constituer hypothèque, tant que le réméré n'était pas exercé par le vendeur, et elle allait jusqu'à dire que donner en même temps le droit d'hypothéquer au vendeur « c'est une théorie que repousse le simple bon sens, la raison de l'homme le moins versé dans l'étude des lois⁴. » Pour donner plus de stabilité à l'hypothèque,

¹ Aubry et Rau, t. III, § 266, texte et note 13. — En ce sens également, Grenier, *Hypoth.*, t. I, n° 153.

² Bordeaux, 5 janv. 1833, Sirey, 33, 2, 188.

³ Observations de la Cour d'Angers, *Doc. hyp.*, t. III, p. 242.

⁴ *Idem*.

disait encore la Cour d'Angers, on préférerait que l'article 2125 fût rédigé dans le sens qui suit : « Ceux qui sont actuellement propriétaires de l'immeuble, même sous condition résolutoire, peuvent seuls l'hypothéquer¹. »

La Cour de cassation, notamment par un arrêt du 21 décembre 1825, semble avoir voulu confirmer cette doctrine, en disant : « qu'il est contre l'essence du contrat de vente que le vendeur retienne la propriété, et que la faculté même qu'il se réserve de recouvrer cette propriété, suppose nécessairement qu'il l'a perdue; que de ces principes incontestables résulte la conséquence que l'acquéreur seul a sur le bien vendu le *jus in re*, c'est-à-dire le droit d'aliéner et d'hypothéquer, avec la chance toutefois que présente la clause résolutoire; tandis que le vendeur dessaisi n'a plus que le *jus ad rem*, dans l'action qu'il s'est réservée². »

Il faut cependant repousser cette manière de voir, et M. Valette a raison de dire³ qu'il est incontestable, au contraire, que celui qui a, sur un immeuble, un droit subordonné à une condition, peut valablement consentir une hypothèque soumise à la même condition. Cela est incontestable, parce que l'article 2125 le dit, et c'est méconnaître le texte même de la loi, que de prétendre que le vendeur à réméré n'a sur l'immeuble par lui vendu, qu'un simple *jus ad rem*. La vente à réméré ne transmet, en effet, à l'acquéreur qu'une propriété résoluble, cela est admis par tout le monde, et reconnu même par les arrêts qui ont prétendu refuser au vendeur le droit d'hy-

¹ Obs. de la Cour d'Angers, *loc. cit.*, p. 292.

² Cour cass., 21 déc. 1825, Sirey, 26, 1, 275.

³ Valette, *Traité des privil. et des hyp.*, p. 202 et 203.

pothéquer. Or, il est évident que lorsqu'une personne est propriétaire d'un immeuble sous condition résolutoire, il y en a forcément une autre qui est propriétaire sous condition suspensive; et qui serait-ce, ici, si ce n'était pas le vendeur? C'est d'ailleurs ce qui résulte bien de l'article 1664, qui dit que « le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat, » et de l'article 1673 aux termes duquel « lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend *exempt de toutes les charges et hypothèques* dont l'acquéreur l'aurait grevé. » C'est bien dire que le vendeur, par l'effet de l'arrivée de la condition, n'a jamais cessé d'être propriétaire. Si, *pendente conditione*, il n'avait qu'un *jus ad rem*, ce résultat ne saurait se produire, car le jugement de résolution, ne faisant que constater son droit, serait impuissant à le transformer en un droit de propriété. Comme le dit très bien M. Colmet de Santerre : « Le vendeur tient du contrat deux droits, un droit de créance contre l'acheteur, un droit de propriété, sous la condition suspensive d'exercer le réméré. Il a par conséquent deux actions : l'action personnelle et l'action réelle¹. »

Le vendeur à réméré pourra donc, comme l'acquéreur, constituer hypothèque sur l'immeuble qu'il a vendu, cela n'a rien de monstrueux ni de contraire au bon sens, car ce n'est pas là un résultat définitif, puisqu'il ne se produit que *pendente conditione*. Si la condition se réalise par l'exercice du réméré, le vendeur étant réputé avoir tou-

¹ Colmet de Santerre, t. VII, n° 110 bis. En ce sens également, Demolombe, *Contrats*, II, n°s 410 et s.; Laurent, t. XVII, n° 81.

jours été propriétaire, l'hypothèque concédée par l'acquéreur tombera; dans le sens contraire, ce sera celle qui aura été constituée par le vendeur qui sera anéantie : dans les deux hypothèses, une seule hypothèque sera valable. Cette solution n'est qu'une application spéciale des principes généraux en matière de condition, confirmés par l'article 2125.

Sans doute, l'hypothèque constituée *pendente conditione*, soit par le vendeur, soit par l'acheteur, ne présentera qu'une garantie bien imparfaite, mais le créancier, sait au moment même du contrat, ce à quoi il s'expose, et peut d'ailleurs obtenir une sécurité complète, en faisant intervenir à la fois le vendeur et l'acheteur à la constitution de l'hypothèque.

Une hypothèse qui offre une certaine analogie avec celle où l'hypothèque émane d'un propriétaire sous condition, est celle où elle est constituée par un copropriétaire par indivis.

Tout cohéritier, ou autre copropriétaire par indivis, peut conférer hypothèque sur les biens indivis, car il a sur eux un droit de propriété, mais l'effet déclaratif du partage produira ici des effets analogues à la condition résolutoire. Le sort de l'hypothèque dépendra du partage; si l'immeuble hypothéqué tombe dans le lot du constituant, elle sera consolidée; si, au contraire, elle tombe dans le lot d'un autre cohéritier, elle sera anéantie (art. 883).

Le cohéritier peut, non-seulement conférer une hypothèque sans rien spécialiser, laquelle, d'après le résultat du partage, portera ou non sur la totalité de l'immeuble, mais il peut aussi restreindre cette hypothèque à sa part dans l'immeuble, auquel cas, s'il en devient proprié-

taire, elle ne portera cependant pas sur la totalité de l'immeuble, mais seulement sur sa part indivise¹.

Il ne faut cependant pas refuser tout effet à l'hypothèque constituée pendant l'indivision par un cohéritier dans le lot duquel l'immeuble hypothéqué ne tombe pas. Car, s'il est vrai de dire que cet héritier est alors censé ne jamais avoir été propriétaire de l'immeuble par lui hypothéqué, et que, par suite, l'hypothèque est nulle, cela n'est exact qu'autant que l'on voudrait opposer à l'un quelconque des héritiers l'hypothèque ou d'autres droits réels constitués durant l'indivision par ses cohéritiers. Mais, en principe, le caractère déclaratif du partage ne peut être opposé aux tiers dès que les droits des cohéritiers ne sont plus en jeu. C'est bien ce qui résulte de l'origine même de ce principe. En effet, au point de vue de l'analyse doctrinale, l'idée romaine reste toujours exacte, le partage est attributif, il s'opère au moyen d'échange de droits. Si l'article-883 dit que le partage est déclaratif, c'est par l'effet d'une fiction, mais il ne prétend pas reproduire la réalité des faits, aussi ne dit-il pas que chaque cohéritier succède seul..., mais que chaque cohéritier est *censé* avoir succédé seul aux objets mis dans son lot. Si donc c'est par l'effet d'une fiction que le partage est déclaratif, il ne doit être admis comme tel, que dans les limites strictement fixées par la loi. Or, cette fiction a été créée pour rendre les héritiers indépendants les uns des autres, relativement aux aliénations et constitutions de droits réels par eux consenties durant l'indivision, mais dès que les héritiers ne sont plus intéressés à invoquer la fiction, elle disparaît ou rentre dans

¹ Cour cass., Chambre civile, 6 décembre 1826, Sirey, 27, 1, 171.

la réalité des faits, chaque cohéritier a été réellement propriétaire, et cela ne saurait être contesté par les tiers.

C'est par cette raison que l'on admet sans difficulté que l'hypothèque subsistera pour la part du constituant, si l'immeuble est adjugé à un étranger.

C'est par la même raison qu'il faut admettre, que si l'immeuble a été adjugé à un cohéritier autre, que celui qui l'a consentie, l'hypothèque pourra encore produire effet, dans la mesure où les droits de l'héritier-adjudicataire ne seront pas atteints. En un mot, le créancier hypothécaire, pourra encore se faire payer par préférence, sur la portion du prix représentant la part de son débiteur dans l'immeuble hypothéqué, l'héritier adjudicataire n'étant en rien lésé par l'exercice de ce droit de préférence du créancier hypothécaire, n'a aucun lieu de s'en plaindre, ni d'invoquer le principe consacré par l'article 883.

Cependant, dans cette hypothèse, il faudrait, comme dans celle où l'immeuble est adjugé à un étranger, refuser au créancier hypothécaire le droit de faire valoir son droit de préférence, si la portion du prix correspondant à la part du constituant, était par suite des opérations du partage, attribuée à un cohéritier autre que le constituant lui-même (si, par exemple, le constituant était tenu, par suite du rapport, de donner à ses cohéritiers une somme égale à sa part dans la succession), car alors le motif du principe consacré par l'article 883, l'intérêt des cohéritiers, reparaisant, le principe renaît également.

En faveur du créancier hypothécaire, qui veut ici faire valoir son droit de préférence vis-à-vis des créanciers chirographaires du constituant, et leur refuser le droit de dire que, par application de l'article 883, le constituant est réputé n'avoir jamais été propriétaire d'autre chose

que du prix de licitation, valeur purement mobilière, qui doit être distribuée au marc le franc entre tous ses créanciers, on peut ajouter que, comme le font fort exactement remarquer MM. Aubry et Rau, « la force des choses s'oppose, en pareil cas, à l'application de l'article 883, puisque la portion du prix de licitation attribuée au cohéritier qui a hypothéqué sa part indivise dans un immeuble héréditaire, dont un autre cohéritier s'est rendu adjudicataire, n'étant pas une valeur de la succession, il est impossible d'y appliquer la fiction de rétroactivité établie par l'article 883, c'est-à-dire de considérer le cohéritier auquel elle doit être payée, comme la tenant directement du défunt, et comme n'ayant jamais eu aucun droit dans l'immeuble dont elle forme pour partie la représentation¹. »

Toutes les règles applicables à la constitution de l'hypothèque conventionnelle par un cohéritier, le sont également à l'hypothèque consentie par tous autres communistes, quelle que soit d'ailleurs la cause de l'indivision, car, « il a toujours été admis que l'article 883, quoique ne s'occupant expressément que du partage entre cohéritiers, est également applicable au partage entre tous autres copropriétaires². »

Il faudra donc appliquer les mêmes principes aux associés comme aux cohéritiers et autres copropriétaires par indivis d'un immeuble déterminé.

Quant aux associés cependant, il y a certaines distinctions à faire. Dans les sociétés civiles, constituées en dehors des formes commerciales, chacun des associés

¹ Aubry et Rau, t. VI, § 625, note 24, p. 563.

² Aubry et Rau, t. II, § 221, note 25, p. 449.

étant copropriétaire des immeubles sociaux, chacun d'eux peut les aliéner et les hypothéquer.

Mais il n'en est pas de même dans les sociétés commerciales, car alors c'est la société, considérée comme personne civile, qui est propriétaire des biens sociaux, et qui, par suite, peut les hypothéquer. Quant aux associés, il faut leur refuser ce droit, car les parts qu'ils ont dans la société sont purement mobilières¹, et ils n'ont, tant que dure la société, aucun droit de propriété sur les immeubles sociaux; l'hypothèque qu'ils consentiraient sur ces biens serait donc nulle comme hypothèque de la chose d'autrui. Même après la dissolution de la société, on admet qu'il faut le regarder comme subsistant, pour les besoins de la liquidation. Le liquidateur a le pouvoir d'aliéner, son droit ne peut être entravé par les aliénations ou les constitutions d'hypothèque qui seraient consenties par les associés. Sans doute, du jour de la dissolution, les associés deviennent propriétaires des immeubles sociaux, et comme tels ont le droit de les hypothéquer, mais l'hypothèque par eux conférée est inefficace, si le liquidateur aliène, pour les nécessités de la liquidation, ces biens par eux hypothéqués, et si l'associé a alors le droit d'hypothéquer sa part indivise, il ne peut user de ce droit au préjudice de la masse, car le droit de la masse domine pendant la liquidation celui des associés².

Les conséquences qui résultent de l'application de l'article 883, à la constitution de l'hypothèque par les communistes, ayant été examinées, il est facile de comprendre les inconvénients qui peuvent en résulter pour

¹ Aubry et Rau, t. III, § 266, note 49.

² Arrêt C. cass., 29 mai 1865; Sirey, 65, 1, 325; Aubry et Rau, t. III, § 266, p. 267.

les créanciers hypothécaires, dont la garantie peut être aisément supprimée en leur absence, par suite d'une entente entre les cohéritiers. Le Code civil (art. 882 et 865) leur accorde bien le droit d'intervenir au partage, mais cette mesure de protection sera souvent inefficace, car le partage pourra être fait avant qu'ils n'aient eu le temps de prendre les précautions nécessaires. La fraude sera surtout facile, lorsque tous les cohéritiers seront majeurs, car alors le partage pourra être fait très rapidement, et en quelque sorte clandestinement, un acte sous-seing privé ayant date certaine suffisant pour rendre le partage définitif. Lors de l'enquête hypothécaire de 1841, on se préoccupa de cette situation et on proposa diverses réformes¹, notamment celle-ci que l'inscription de l'hypothèque vaudrait opposition au partage.

Une autre question intéressante, au point de vue de l'application de l'article 2125, est celle de savoir quel sera le sort de l'hypothèque constituée par un héritier qui, après avoir été mis en possession des biens héréditaires, a été déclaré indigne, pour une des causes énoncées en l'article 727 (C. civ.).

On décide souvent que la résolution des droits héréditaires ne peut être opposée aux tiers, qui ont acquis des droits réels sur les biens de la succession, avant que la résolution n'ait été judiciairement prononcée, et que, par conséquent, l'hypothèque constituée avant cette résolution, devra subsister. Pour le soutenir, on invoque par analogie la disposition de l'article 958 (C. civ.), qui décide

¹ Observ. de la Cour et de la Faculté de Rennes, *Doc. hyp.*, t. I, p. 466; et t. III, p. 292, 293.

que la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques antérieures à l'inscription de l'extrait de la demande en révocation, faite en marge de la transcription de la donation. Il y a grande analogie entre les causes de révocation des donations pour ingratitude et les causes d'indignité en matière de succession, et l'on en conclut que la même décision doit être donnée dans les deux cas. De plus, ajoute-t-on, ces causes d'indignité ont un caractère pénal; or, la peine est personnelle et ne doit frapper que le coupable.

Il faut cependant reconnaître que cette décision est contraire au droit commun, d'après lequel, quand un droit est résolu, il est enlevé rétroactivement (art. 1183) à celui qui y prétend, et il faut dire que l'hypothèque disparaît alors, par application de l'article 2125.

A ceux qui prétendent que l'indignité a un caractère absolument pénal, et ne doit frapper que le coupable, et non les tiers auxquels il a concédé des droits sur la chose, il faut répondre que l'indignité est autre chose qu'une peine, que c'est une déchéance civile et pécuniaire, consistant dans la privation du droit de succéder. Telle était déjà la manière de voir des jurisconsultes romains, qui permettaient d'agir par l'action en indignité contre les héritiers du coupable décédé, bien que l'action pénale ne fût plus possible. Paul dit, en effet, que l'action contre l'indigne n'est pas éteinte par la mort, attendu qu'elle est pécuniaire : « *Causam de quâ quæritur, cum sit pecuniaria, morte ingratæ heredis extinctam non videri*¹. » Modestin donne une solution analogue, et

¹ Loi 22, D., *De s. c. t. Sil. et Claud.*, XXIX, v.

dit que, malgré l'extinction de l'action pénale par la mort de l'accusé, on devra toujours donner l'action en réclamation de l'hérédité¹.

Dans notre ancienne jurisprudence, si, au cas d'indignité, l'hérédité n'est plus attribuée au fisc, comme en droit romain, mais aux autres héritiers, l'indignité reste une déchéance civile. C'est ainsi que Furgole dit « qu'il ne s'agit pas de la punition personnelle du défunt, ce que la loi ne permet pas, puisqu'elle déclare le crime éteint, mais d'ôter à ses héritiers un bien dont leur auteur s'était rendu indigne². »

Dans la législation moderne, on ne voit nulle part que l'indignité ait été modifiée dans sa nature, cela ne résulte ni des travaux préparatoires, ni du Code lui-même. Les peines privatives de la fortune sont la confiscation spéciale et l'amende, dont le produit est attribué à l'État. L'indignité reste toujours une déchéance civile et pécuniaire³, il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici le principe de la personnalité des peines, principe de pur droit pénal, puisque l'on se trouve en présence d'une déchéance résultant du droit civil.

Il y a un point certain, c'est que l'indignité a pour effet de faire disparaître le titre de l'indigne, et de résoudre sa propriété, ainsi que cela résulte de l'article 729, d'après lequel l'héritier est alors « tenu de rendre tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession. » Les effets de cette déchéance sont donc rétroactifs et résolutoires; de plus, ils peuvent, dans cer-

¹ Loi 9, *De jure fisci*, D., XLIX, XIV.

² Furgole, *Traité des testaments*, ch. VI, sect. III, n° 351.

³ En ce sens, arrêt Cour de Bordeaux, 1^{er} déc. 1853, Sir., 54, 2, 225, confirmant un jugement du trib. de Périgueux.

tains cas, atteindre même les héritiers du coupable, ce qui a lieu lorsque l'indigne était appelé à la succession avec un autre parent au même degré, par exemple, un frère; dans ce cas le frère vient seul à la succession, à l'exclusion des enfants de l'indigne, car ces derniers ne peuvent venir de leur chef à la succession, étant d'un degré plus éloigné que leur oncle; ils ne peuvent pas non plus venir par représentation, car on ne représente pas une personne vivante (art. 744 C. civ.). Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'indignité qui, dans certains cas, peut être opposée aux enfants eux-mêmes de l'indigne, soit également opposable aux créanciers hypothécaires. Il y a là une véritable résolution dont l'effet (art. 1183) est de remettre les choses dans le même état que si l'obligation hypothécaire n'avait pas existé, l'indigne n'a pu conférer des droits plus stables que les siens, et il faut appliquer ici la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.

A l'argument d'analogie, tiré de la disposition de l'article 958, il faut répondre qu'il y a là une disposition spéciale et exceptionnelle, et que sans même avoir à chercher les motifs qui ont pu décider le législateur à l'insérer dans le Code, au cas de donation, il faut refuser de l'étendre au cas d'indignité, car les exceptions doivent toujours être interprétées restrictivement et ne jamais être appliquées que dans les limites expressément prévues par le texte qui les pose. On peut d'ailleurs noter que, malgré l'analogie de situation qui existe entre l'héritier indigne et le donataire ingrat, cette différence n'est pas la seule qu'il y ait entre eux, car, à d'autres points de vue encore, le législateur les traite différemment et se montre beaucoup plus rigoureux pour le premier; en effet, ainsi que le fait fort exactement remarquer M. De-

molombe, « Le donateur peut pardonner au donataire ingrat; tandis qu'aucun pardon ne peut effacer devant la loi le tort de l'héritier indigne. Le donataire ingrat n'est tenu de restituer les fruits qu'à compter du jour de la demande (art. 958); tandis que l'héritier indigne doit rendre tous les fruits depuis l'ouverture de la succession (art. 729). La demande en révocation pour cause d'ingratitude doit être formée dans l'année, à compter du jour du délit, etc. (art. 957); tandis que la demande en déclaration d'indignité peut être formée dans les trente ans, qui suivent l'ouverture de la succession¹. » De tout ceci ressort bien manifestement l'intention de la loi, de traiter l'héritier indigne plus rigoureusement que le donataire ingrat, et ce serait certainement aller contre la volonté du législateur, que d'étendre la disposition de l'article 958 à l'indigne.

Enfin, une question fort controversée entre les auteurs et la jurisprudence, est celle de savoir quel sera le sort de l'hypothèque consentie par l'héritier apparent, lorsque le véritable héritier vient faire valoir ses droits; une telle hypothèque doit-elle être maintenue?

La jurisprudence, maintenant dans cette hypothèse les aliénations consenties par l'héritier apparent, valide par là même ces constitutions d'hypothèque². Pour soutenir cette opinion, on se fonde surtout sur des motifs d'utilité pratique. On invoque l'intérêt public, et on dit que décider le contraire serait entraver considérablement la libre circulation des biens. On fait également valoir la bonne foi des acquéreurs, qui ont eu toutes raisons de

¹ Demolombe, *Successions*, t. I, n° 279.

² Civ., Cass., Civ., rej., et Civ., Cass., 16 janvier 1843, Sirey, 43, 1, 97; Dall., 43, 1, 49.

croire que celui que la notoriété publique leur signalait comme le véritable héritier l'était, en effet, réellement. Il n'est pas admissible, dit-on, que devant une erreur aussi invincible que celle dans laquelle se sont trouvés les acquéreurs, on puisse les faire souffrir de la négligence dont l'héritier s'est rendu coupable, en ne se faisant pas connaître, et dont, équitablement, il doit seul supporter les conséquences.

Il faut cependant dire que, la vente comme l'hypothèque consentie par l'héritier apparent, est anéantie par le retour de l'héritier véritable, cela par les raisons suivantes.

En décidant ainsi, on ne fait qu'appliquer le principe *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, admis de tout temps, en droit romain¹ comme dans notre Code civil (art. 2125 et 2182 C. civ.). Principe consacré également par l'article 1599, déclarant nulle la vente de la chose d'autrui, et par les articles 2124 et 2129 pour l'hypothèque. Des dispositions de ces articles, il résulte bien que l'héritier véritable n'est pas tenu de respecter une aliénation ou une constitution d'hypothèque qu'il n'a pas consentie, mais qui est le fait de l'héritier apparent, qui n'avait aucun pouvoir à cet effet. C'est, d'ailleurs, ce que vient confirmer l'article 137, en accordant à l'absent ou à ses représentants ou ayants-cause, les actions en pétition d'hérédité *et autres droits*, lorsque, conformément à l'article 136, une succession à laquelle il était appelé a été dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il avait le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. L'héritier

¹ Loi 54, D., *De reg. jur.*, L, xvii.

apparent n'a, du reste, jamais été héritier, car il n'a pas été saisi, ainsi que cela sera expliqué un peu plus loin, et aurait-il été héritier, l'aliénation par lui consentie serait encore nulle, par application du principe *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, et l'hypothèque le serait également (art. 2125).

Un autre argument est fourni par l'article 1696 (C. civ.), disant que celui qui vend une hérédité est tenu de garantir sa qualité d'héritier. On ne comprendrait pas l'utilité de l'action en garantie donnée au cessionnaire de l'hérédité contre son vendeur, s'il pouvait opposer à l'héritier véritable, la cession de l'hérédité à lui consentie par l'héritier apparent. La Cour de cassation elle-même annulerait d'ailleurs, l'aliénation d'une partie ou de la totalité de l'hérédité, laquelle suppose nécessairement chez le vendeur le titre d'héritier (art. 1696), si elle était consentie par un successible trop éloigné pour venir définitivement en ordre utile¹. Or, si on déclare nulle comme vente de la chose d'autrui, l'aliénation de tout ou partie de l'hérédité consentie par ce successible, il n'y a pas de raison pour ne pas lui appliquer la même règle, quand il a disposé d'un objet particulier de la succession.

Ne serait-il pas d'ailleurs tout à fait exorbitant, que l'héritier pût être si promptement dépossédé de ses droits successifs, alors que la loi le protège contre une possession très longue et pouvant durer jusqu'à quarante et un ans, possession que ses héritiers auraient eue des biens déjà dans son patrimoine à l'époque de sa disparition, lesquels ils n'auraient pu pendant tout ce temps aliéner ni hypo-

¹ Cour cass., 26 avril 1833, Dall., 33, 1, 307.

théquer librement (art. 115, 119, 120, 121, 125 et 129).

A l'objection tirée de l'intérêt qu'il y a à ne pas entraver la libre circulation des biens, on doit répondre qu'il faut mettre au-dessus de cette considération d'utilité pratique, qui ne s'appuie sur aucun texte, le droit du propriétaire consacré par la loi elle-même (art. 545 C. civ.). Et à ceux qui invoquent l'intérêt des tiers-acquéreurs, et leur bonne foi mise en opposition avec la négligence de l'héritier véritable, il faut répondre que la négligence de l'héritier est ici peu vraisemblable, et que l'on doit plutôt présumer que s'il ne s'est pas fait connaître, c'est qu'il a ignoré l'ouverture de la succession à son profit; il est rare, en effet, qu'un héritier ne fasse pas valoir ses droits dès qu'il sait qu'ils existent, son propre intérêt est un stimulant suffisant contre sa négligence. Et d'ailleurs, la négligence de l'héritier fût-elle prouvée, cela ne saurait suffire pour entraîner la perte de son droit. Une telle peine serait bien rigoureuse, surtout si l'on considère le long délai que la loi lui donne pour accepter la succession. On ne saurait prétendre appliquer à cet héritier l'article 1380 (C. civ.), d'après lequel, celui qui a payé indûment une chose, ne peut réclamer que le prix de la vente de cette chose à l'*accipiens* de bonne foi, lorsque ce dernier l'a aliénée; la situation n'est pas du tout la même : dans l'hypothèse de l'article 1380, c'est le *solvens* lui-même qui a livré la chose qu'il veut ensuite revendre, et sans son fait, l'acheteur ne l'aurait pas aliénée; l'héritier véritable, au contraire, n'a en rien participé à l'aliénation ou à la constitution de l'hypothèque consentie par l'héritier apparent, elle ne saurait donc pas lui être opposable.

Sans doute, la situation de l'acquéreur de bonne foi est

digne d'intérêt, mais la loi en tient compte en lui donnant droit aux fruits (art. 549) et en lui permettant de prescrire la propriété de l'immeuble par dix ou vingt ans, quand, à sa bonne foi, il joint un juste titre (art. 2265). Mais si grande que puisse être la bonne foi de l'acquéreur, elle ne saurait suffire pour lui constituer un titre de propriété, on ne trouve aucune disposition en ce sens dans nos lois, et l'article 2265 en contient une en sens contraire; car, en exigeant pour l'acquisition de la propriété immobilière par prescription, certaines conditions de durée dans la possession, il indique par là même qu'il n'entend pas permettre la prescription instantanée des immeubles.

Il ne suffirait pas d'ailleurs de prouver que l'acheteur mérite de voir son droit de propriété assuré, il faudrait en outre prouver, contrairement aux principes que nous avons déjà invoqués, que le vendeur a pu aliéner irrévocablement. C'est ce que la Cour de cassation a essayé de faire, en soutenant que les articles 1599 et 2182 n'étaient pas applicables aux aliénations consenties par l'héritier apparent, parce qu'il n'y a pas eu, prétend-elle, dans le sens de ces articles, vente de la chose d'autrui. Attendu, ajoute-t-elle, d'autre part, « que le degré de parenté ne suffit pas, pour faire reposer sur la tête du parent le plus proche, la pleine et actuelle propriété des biens héréditaires; que c'est *l'acceptation qui l'investit* réellement de tous les droits et le soumet à toutes les charges de l'hérédité et qui le constitue le véritable représentant du défunt. Et que lorsque, pendant son abstention, un parent plus éloigné accepte la succession, et en jouit publiquement et paisiblement, ce parent *gère* et administre *pour lui-même* et dans son intérêt personnel, et

*s'il vend un meuble ou un immeuble de la succession, il est réputé disposer, non de la chose appartenant à un autre, mais de sa propre chose*¹. »

Ces considérations ne sont pas fondées, car la saisine a pour effet d'empêcher que le décès n'amène la suspension ou l'interruption des rapports actifs et passifs du défunt, et il n'est pas exact de dire que l'héritier n'est investi des droits de la succession que par son acceptation, car il est saisi et la saisine entraîne à son profit acquisition immédiate de la possession de tous les biens héréditaires. En réalité, l'héritier légitime n'a qu'un parti à prendre, renoncer, il est saisi et son acceptation ne fait que confirmer la situation que la loi lui donne et la rendre définitive. Cette saisine n'est pas collective, mais individuelle, c'est-à-dire qu'elle n'appartient pas en même temps à tous les héritiers légitimes, mais seulement à ceux appelés en ordre utile pour succéder. Il en était ainsi dans l'ancien droit où « le mort saisit le vif son hoir plus proche et habile de succéder², » et tel est encore le système du Code civil, d'après lequel ceux-là seuls sont héritiers, qui appartiennent à l'ordre appelé à la succession (art. 731) et ceux-là seuls sont aussi saisis (art. 724). Et ce qui prouve bien que l'héritier venant en ordre utile à la succession est seul héritier et saisi, c'est que la Cour de cassation elle-même, ainsi que cela a déjà été dit, déclare nulle l'aliénation de tout ou partie de l'hérédité, consentie par un successible d'un degré plus éloigné³; disposition qu'il n'y a pas de raison de ne

¹ Civ., cass., 16 janvier 1843, S., 43, 1, 103.

² Coutume de Paris, art. 318.

³ Cass., 26 avril 1833; Dal., 33, 1, 307.

pas étendre à l'hypothèse de l'aliénation d'un bien particulier de la succession.

La Cour de cassation prétend aussi que l'article 2125 est ici inapplicable, parce que, dit-elle, « cet article suppose l'existence soit d'une convention, soit d'un texte précis de loi où se trouvent, ou d'où résultent la condition, les cas de résolution, le principe de l'éviction¹; » à cela il faut répondre, d'une part, que s'il est vrai de dire que l'article 2125 soit ici inapplicable, c'est en ce sens que l'héritier apparent n'ayant jamais été héritier, il ne faut pas dire que les droits qu'il a conférés sur les immeubles héréditaires sont résolus, mais qu'ils n'ont jamais pu prendre naissance. D'autre part, on peut ajouter que, si l'on admet que cet héritier apparent a été propriétaire, l'article 2125 retrouve son application, car il faut dire alors que son droit a été résolu, cela par application de l'article 777, disant que « l'effet de l'acceptation de l'héritier le plus proche *remonte* au jour de l'ouverture de la succession.

On a également prétendu appliquer aux aliénations consenties par l'héritier apparent, la disposition de l'article 132, obligeant l'absent à respecter les aliénations, constitutions d'hypothèques, etc., consenties par l'envoyé en possession définitive, qui, cependant, n'est pas propriétaire.

Il faut, a-t-on dit², assimiler au point de vue du droit de disposition, le parent plus éloigné prenant la place d'un parent plus proche dont l'existence n'est pas reconnue, avec l'héritier présomptif de l'absent envoyé

¹ Civ., cass., 16 janvier 1843, S., 43, 1, 106.

² Aubry et Rau, t. VI, § 616, note 32.

en possession définitive des biens de l'absent. La situation des tiers, qui ont traité avec cet héritier apparent, est même plus digne de faveur que celle de ceux qui ont traité avec l'envoyé en possession définitive des biens de l'absent, car à la différence des premiers, les seconds ont pu et dû connaître la révocabilité dont se trouvait atteint le titre de leur auteur. Enfin, la loi considère celui qui revendique son propre patrimoine, comme plus digne de protection que celui qui réclame une hérédité à laquelle il ne s'est pas présenté. Et ce qui le prouve, dit-on, c'est qu'elle déclare l'action du premier imprescriptible (art. 132-133), tandis que l'action du second se prescrit par trente ans. Cependant, l'article 132 oblige l'absent revendiquant son patrimoine, à respecter les aliénations consenties par l'envoyé en possession définitive, et puisque la loi considère dans cette hypothèse sa position comme étant plus favorable que lorsqu'il revendique une hérédité à lui échue pendant son absence, il en résulte donc évidemment que, dans cette seconde hypothèse, on doit donner la même solution que dans la première. Or, s'il en est ainsi, au cas d'absence de l'héritier, il faut dire *a fortiori* que la même décision doit être appliquée au cas où, étant sur les lieux, cet héritier véritable laisse l'héritier apparent s'emparer de la succession.

Cette manière de voir doit cependant être repoussée, et il faut répondre que c'est à tort que l'on veut assimiler, au point de vue de l'obligation de respecter les aliénations, l'absent qui revendique son patrimoine contre l'envoyé en possession définitive, avec celui qui revendique une hérédité à lui échue pendant son absence, pour étendre cette assimilation au cas où l'hérédité est

échue à un héritier non absent qui ne s'est pas présenté. La loi ne contient nulle part cette assimilation; l'article 132 donnant à l'envoyé en possession définitive, le droit d'aliéner, contient une exception qui ne doit pas être étendue sans texte formel. Cette exception doit encore moins être appliquée au delà de ses termes, ce que l'on ferait, en permettant à l'héritier apparent, qui est venu à la place de l'héritier véritable absent ou présent, d'aliéner les biens de l'hérédité qu'il a ainsi recueillie, sans en avoir eu la longue possession prévue par l'article 132 pour l'envoyé en possession définitive. Et si l'on suppose que cette hérédité a été possédée pendant le temps prévu pour qu'il y ait possibilité d'envoi en possession définitif, la question ne peut plus se poser, l'héritier apparent a prescrit dans les deux cas, aussi bien dans celui où il est venu prendre la place de l'héritier absent, que dans l'hypothèse où l'héritier présent ne s'est pas présenté, et dès lors il peut aliéner, mais ce n'est plus comme héritier apparent qu'il a ce droit, mais parce qu'il est devenu propriétaire par la prescription.

En outre, il faut remarquer que l'héritier apparent a un droit beaucoup moins bien assis que celui de l'envoyé en possession définitive. Il y a, en effet, tout lieu de croire que le droit de ce dernier est définitivement assuré, car il s'est écoulé, depuis la disparition de l'absent, un temps tel qu'il est fort vraisemblable qu'il ne reviendra pas, et c'est pour cela que la loi permet alors l'aliénation irrévocable de ses biens. Le droit de l'héritier apparent, au contraire, peut n'avoir que quelques jours de date, et il serait bien extraordinaire de lui permettre d'aliéner, alors que la loi ne donne ce droit à l'héritier de l'absent que trente-cinq ou quarante et un ans après la disparition de ce

dernier (art. 115, 121, 129, 132). L'action en revendication de l'absent contre l'envoyé en possession définitive, est, dit-on, imprescriptible, et cependant il peut aliéner. Mais c'est précisément parce que cette action est imprescriptible, que la loi a dû protéger les tiers acquéreurs, en validant les aliénations consenties par l'envoyé en possession définitive; au contraire, l'action du véritable héritier contre l'héritier apparent n'étant pas imprescriptible, et ce dernier pouvant, grâce à la prescription, devenir propriétaire incommutable et conférer aux tiers des droits définitifs sur les biens de la succession, il n'y avait pas lieu de décider que les aliénations par lui consenties seraient valables, comme le fait l'article 132 pour l'envoyé en possession définitive.

SECTION II.

Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner.

Pour consentir une hypothèque, il ne suffit pas que le constituant soit propriétaire, il faut, en outre, qu'il ait la libre disposition de l'immeuble qu'il veut hypothéquer. C'est ce que dit l'article 2124 (C. civ). ainsi conçu : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. »

Cette disposition de la loi se justifie très bien, par le caractère même du contrat d'hypothèque. Hypothéquer un immeuble, c'est en disposer au moins partiellement, puisque l'on concède au créancier un droit réel sur cet immeuble. Il est donc naturel que celui-là seul qui pourrait aliéner, puisse hypothéquer.

Il ne faut pas confondre la capacité de s'obliger avec la capacité d'aliéner. Sans doute, ceux qui sont incapables de s'obliger, sont par là même, incapables d'aliéner. Mais, en sens contraire, il ne serait plus vrai de dire, comme le font certains auteurs¹, que ceux qui peuvent s'obliger, peuvent aussi aliéner, et, par suite, constituer une hypothèque. Pour le soutenir, on dit que toute obligation contient en germe, une aliénation, puisque, d'après l'article 2092, le patrimoine du débiteur est le gage de son créancier. On ajoute encore que celui qui a le droit de s'obliger, doit avoir la faculté de donner des garanties à son créancier, et que, par conséquent, on ne saurait lui refuser le droit de fournir une hypothèque sur ses biens.

Sans entrer ici dans tous les développements que comporte cette question, il faut indiquer les principaux motifs sur lesquels on doit s'appuyer pour repousser la théorie qui vient d'être exposée.

Il est incontestable que s'obliger et aliéner sont deux choses bien différentes. Lorsque une personne en voit une autre s'obliger envers elle, elle devient créancière, mais elle n'acquiert pas pour cela la propriété, ni un droit réel, sur les immeubles de son débiteur; le droit de gage général dont elle jouit sur tout le patrimoine de ce dernier, en vertu de l'article 2092, n'est qu'un gage imparfait, qui ne lui confère aucun droit de cette nature. Elle peut bien, il est vrai, à la faveur de cet article, poursuivre l'exécution de sa créance sur tous les biens du débiteur, les faire vendre et se faire payer sur le prix. Mais autre chose est l'aliénation volontaire, autre chose est l'aliénation indirecte et forcée qui s'opérera par voie de saisie, sous les yeux de la justice.

¹ Duranton, t. XIX, n° 347.

Et la preuve que cette distinction n'est pas purement imaginaire, c'est qu'elle se trouve dans le Code lui-même. C'est ainsi que les articles 1123 à 1125 exigent, pour qu'une personne puisse s'engager par un contrat, que cette personne soit capable de s'obliger, tandis que l'article 2124 veut en outre, pour qu'elle puisse conférer une hypothèque, qu'elle ait le droit d'aliéner. La même distinction se trouve dans les articles 5, 6 et 7 du Code de commerce. Il faut donc conclure de l'article 2124, que pour pouvoir hypothéquer, la capacité de s'obliger ne suffira pas, et qu'il faudra avoir la capacité d'aliéner.

De là il résulte, que quiconque a la libre disposition des immeubles dont il est propriétaire, peut valablement les hypothéquer, tandis que celui qui, bien que propriétaire, n'aurait pas la capacité d'aliéner, ne pourra pas non plus hypothéquer.

La première partie de cette proposition ne présente pas de difficulté, mais il n'en est pas de même de la seconde, et il faut chercher quels sont les cas dans lesquels la capacité civile est affectée à ce point, que celui qui est propriétaire ne peut cependant pas aliéner sa chose, ni par suite l'hypothéquer.

La capacité civile peut être plus ou moins affectée, dans des cas assez nombreux, et ayant des causes diverses. Tantôt la loi a créé l'incapacité civile dans une pensée de protection, il en est ainsi pour les femmes mariées, les mineurs, les interdits, les prodigues; tantôt l'incapacité résulte d'une sorte de peine ou de déchéance, il en est ainsi pour les condamnés à des peines afflictives et infamantes, pour les commerçants faillis ou les non-commerçants en état de déconfiture, pour le débiteur qui a fait abandon de ses biens à ses créanciers, pour le

propriétaire dont les biens sont frappés d'une saisie immobilière. Il faut examiner successivement ces différents cas d'incapacité.

Les femmes mariées sont frappées d'une incapacité générale qui a pour cause non-seulement une mesure de protection prise par la loi, mais encore et surtout la puissance maritale. Le Code les déclare spécialement incapables d'aliéner et d'hypothéquer (art. 217 C. civ.). Si leur incapacité est générale, elle n'est cependant pas absolue, autorisées par leur mari, elles peuvent aliéner et hypothéquer, l'article 217 (C. civ.) exige à cet effet le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. A défaut d'autorisation du mari, la femme pourra obtenir l'autorisation de justice.

Cette incapacité de la femme existe sous tous les régimes, l'article 217 ne laisse aucun doute à cet égard. « La femme, dit-il, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer... »

Sous le régime dotal, l'incapacité de la femme est plus grande encore, au moins en ce qui concerne les biens dotaux, auxquels il faut appliquer l'article 1554 (C. civ.), ainsi conçu : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. » Dans les cas exceptionnels que cet article a en vue, il faut tantôt l'autorisation du mari ou de justice (art. 1555), tantôt l'autorisation du mari (art. 1556), et tantôt l'autorisation de justice (art. 1558).

Quant aux paraphernaux, ils sont régis par les mêmes règles que si la femme était mariée sous le régime de la séparation de biens. Or, le régime de la séparation de

biens est celui qui donne à la femme les pouvoirs les plus étendus sur ses biens, elle en conserve la propriété, la jouissance et la libre administration, et elle peut s'obliger dans les limites nécessaires à cette administration; cependant, elle ne peut pas hypothéquer seule ses immeubles, pas même pour les besoins de son administration, car elle ne peut les aliéner sans autorisation (art. 1449 et 1538).

La femme peut cependant, dans un cas, hypothéquer ses immeubles sans autorisation spéciale. Il en est ainsi (art. 7 C. Co.) quand le mari a autorisé sa femme à faire le commerce, cette autorisation générale dispense celle-ci de demander une autorisation spéciale pour constituer hypothèque quand il s'agit de faits relatifs à son commerce.

Cette dérogation au droit commun s'explique par la nécessité qu'il y a, pour la femme commerçante, de jouir d'un crédit assez étendu pour lui permettre de faire, dans de bonnes conditions, toutes les opérations de son commerce; elle se justifie également par la raison que le mari ayant légalement le droit d'autoriser sa femme à faire le commerce, et lui donnant cette autorisation, a par là même renoncé à son autorité maritale, dans les limites du droit qu'il conférait à sa femme.

Les mineurs et les interdits, qui leur sont assimilés, ne peuvent pas non plus consentir d'hypothèques sur leurs biens; il sera dit plus loin sous quelles conditions leurs représentants peuvent le faire pour eux. Ce qu'il faut dès maintenant constater, c'est que ces mineurs et interdits n'ayant pas personnellement la capacité d'aliéner leurs immeubles, n'ont pas non plus la faculté corrélatrice de les hypothéquer. La règle est la même pour le mineur éman-

cipé que pour le mineur non émancipé, ils sont l'un comme l'autre privés du droit d'aliéner personnellement leurs immeubles; donc, ils ne peuvent pas plus l'un que l'autre les hypothéquer. Il y a cependant une différence importante entre le mineur non émancipé et le mineur émancipé; ce dernier peut être autorisé à faire le commerce dans les termes de l'article 2 (C. Co.), il peut alors hypothéquer seul ses immeubles, pour les besoins de son commerce (art. 6 C. Co.). La situation des mineurs émancipés paraît être alors assez semblable à celle des femmes mariées, cependant la capacité de celles-ci est plus grande que celle de ceux-là, elles peuvent (art. 7 C. Co.), non-seulement hypothéquer, mais aussi aliéner seules leurs immeubles, à moins qu'il ne s'agisse d'immeubles dotaux, tandis que les mineurs émancipés, autorisés à faire le commerce, ont seulement la faculté d'hypothéquer seuls leurs immeubles, mais non de les aliéner. La raison de cette différence tient à ce que les mineurs sont incapables à raison de l'inexpérience de leur âge, tandis que l'incapacité de la femme a, pour cause principale, la puissance maritale.

Il peut se faire que les biens du mineur se trouvent hypothéqués sans forme aucune, c'est ce qui a lieu quand il se marie; il est émancipé *ipso facto*, et ses immeubles sont grevés de plein droit de l'hypothèque de sa femme; il en sera de même si le mineur est tuteur, ce qui ne peut se produire que pour la tutelle légale du survivant des père et mère. Mais, dans ces deux cas, l'hypothèque sera légale et générale, et non plus conventionnelle et spéciale.

On s'est souvent demandé si, l'hypothèque consentie par le mineur émancipé ou par la femme séparée de

biens, sans aucune autorisation, est valable en tant qu'elle garantit les obligations par eux contractées dans les limites de leur droit d'administration. On l'a prétendu, disant que ces incapables, étant autorisés à s'obliger et pouvant ainsi aliéner indirectement (art. 2092 C. civ.) leurs biens, pouvaient, dans les mêmes limites, les hypothéquer.

Il faut répondre que la capacité d'hypothéquer est réglée sur la capacité d'aliéner et non sur celle de s'obliger, et, par les raisons données plus haut, relativement à la distinction à faire entre ces deux capacités, repousser cette manière de voir¹. L'article 2124 est formel en ce sens, il exige du constituant la capacité d'aliéner, qui manque à la femme comme au mineur émancipé. Les articles 6 et 7 (C. Co.) prouvent, une fois de plus, que ces incapables n'ont pas en général la capacité d'hypothéquer, puisqu'il croit devoir la leur donner d'une manière spéciale, dans l'hypothèse où ils sont autorisés à faire le commerce.

Pour soutenir que le mineur émancipé pouvait hypothéquer seul, on a prétendu trouver un argument de texte dans la différence de rédaction qui existe entre les articles 457 (C. civ.) et 484 (*eod.*).

L'article 457 dit que le tuteur ne peut *aliéner ou hypothéquer* les biens du mineur, sans autorisation du conseil de famille, tandis que l'article 484 dit seulement, en parlant du mineur émancipé, qu'il *ne pourra aliéner* ses immeubles sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Si donc le Code prend la peine de dire pour le mineur qu'il ne peut *ni aliéner ni hy-*

¹ V. *suprà*, p. 233 et s.

pothéquer, tandis que, parlant du mineur émancipé, il se borne à dire qu'il ne peut pas aliéner, mais sans faire porter sa prohibition sur le droit d'hypothéquer, c'est, dit-on, qu'il a voulu lui réserver cette capacité.

Cette argumentation n'est pas sérieuse; il ne faut voir dans cette différence, entre la rédaction des deux articles, qu'une simple omission motivée, peut-être, dans l'article 484, par cette considération que la prohibition d'aliéner suffirait pour entraîner celle d'hypothéquer. D'ailleurs, à un tel argument de texte, on peut répondre par un autre argument de texte, et dire que si l'article 484 porte seulement que le mineur émancipé ne pourra pas aliéner, il ajoute « *ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration.* » Or, une telle interdiction comporte évidemment celle d'hypothéquer, car on ne saurait prétendre que le Code considère la constitution d'hypothèque, qu'il entoure de tant de soins et de formalités, comme un acte de pure administration.

Le mineur ne pourra jamais hypothéquer ses immeubles, car il est incapable de les aliéner, et l'hypothèque qu'il aurait consentie sera nulle, même dans le cas où elle aurait été constituée pour sûreté d'un engagement qui aurait tourné à son avantage. Il ne faut cependant pas aller jusqu'à prétendre, comme certains auteurs¹, que la nullité de l'hypothèque résulte de la nullité de l'engagement du mineur, qui est frappé d'une incapacité absolue et telle que le fait même de sa minorité établit à son profit une présomption de lésion, d'où découle, pour lui, le droit de demander la nullité de tous les actes qu'il a faits sans être représenté par son tuteur. Il faut, à cet

¹ Toullier, t. VI, nos 103 et s.; t. VII, nos 575 et s.

égard, distinguer entre les différentes catégories d'actes qui ont pu être passés par le mineur. S'agit-il d'actes que la loi soumet à des formalités spéciales, protectrices des intérêts du mineur, actes que le tuteur lui-même n'aurait pu faire seul et sans les autorisation et formalités exigées par la loi, ils doivent être annulés sur la demande du mineur et par le fait seul de son incapacité, sans qu'il ait à prouver aucune lésion. Si, au contraire, il s'agit d'actes qui ne sont pas soumis aux formalités spéciales protectrices des intérêts du mineur, actes que le tuteur aurait pu faire seul, s'ils ont été faits par le mineur, ils ne sont rescindables qu'autant que ce dernier prouve la lésion qu'il a éprouvée ¹.

Mais la capacité d'hypothéquer étant corrélative à la capacité d'aliéner et non de s'obliger, c'est à tort que l'on voudrait lier le sort de l'hypothèque à celui de l'obligation contractée par le mineur. Donc, même dans le cas où l'engagement du mineur subsiste, l'hypothèque n'est pas valable, parce qu'elle rentre dans les actes que le tuteur lui-même n'aurait pu faire seul (art. 457-458 C. civ.).

Le majeur interdit, parce qu'il est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489 C. civ.), est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens (art. 509 C. civ.), il se trouve donc, de même que le mineur, incapable d'hypothéquer, son tuteur pourra conférer hypothèque sur ses biens, comme pourrait le faire le tuteur d'un mineur.

Il faut en dire autant du prodigue, pourvu d'un conseil judiciaire, lorsque le tribunal (art. 513 C. civ.), lui a

¹ Cass., Civ., 13 juillet 1857, D., 57, 1, 334. — Req., 8 août 1859, D., 59, 1, 360.

défendu d'hypothéquer sans l'assistance du conseil qui lui est donné. Le prodigue, dans ce cas, ne pourra pas constituer seul une hypothèque, mais à la différence de l'interdit et du mineur, qui ne peuvent jamais consentir une hypothèque, attendu que leur tuteur agit seul et sans leur intervention, le prodigue pourra constituer lui-même hypothèque, avec l'autorisation de son conseil judiciaire. Il faut maintenant se demander quelle sera la valeur d'une hypothèque, constituée par un des incapables dont il vient d'être parlé.

Une telle hypothèque n'est pas inexistante, mais simplement annulable et susceptible de ratification, tant que le constituant reste propriétaire de l'immeuble hypothéqué¹. Mais une question plus difficile à résoudre est celle des effets de cette ratification.

Il y a un cas sur lequel il n'y a guère de doute, c'est celui de la ratification tacite, résultant de ce que l'incapable qui avait constitué l'hypothèque, aurait laissé passer dix ans, depuis le jour où l'incapacité a pris fin, sans agir en nullité ou rescision. On a prétendu que cette ratification tacite ne peut être opposée aux créanciers postérieurs au jour où l'incapacité a pris fin². Mais cette opinion n'est guère soutenable et ses partisans sont fort peu nombreux. C'est en effet d'une prescription qu'il s'agit ici et il est de règle que la prescription accomplie agit avec effet rétroactif, et comme elle suffirait à valider un acte nul, *a fortiori* doit-elle suffire à valider rétroactivement un acte simplement annulable³.

La question est plus controversée au cas de ratification

¹ Aubry et Rau, t. III, p. 270, texte et note 30.

² Grenier, *Hyp.*, t. I, n° 42.

³ Dalloz, Rép., v° *Hyp.*, p. 191, n° 10; Troplong, *Hyp.*, n° 502.

expresse. Il faut dire cependant que la ratification n'a aucun effet rétroactif; cela résulte d'une façon évidente de l'article 1338-3° (C. civ.), ainsi conçu : « La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait opposer contre cet acte, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers.* »

Quels sont les tiers dont veut parler l'article 1338? Ce ne sont pas évidemment les créanciers chirographaires dont cet article a pu songer à protéger les droits, car ils n'ont pas plus qualité pour se plaindre de la ratification d'une hypothèque ancienne, qu'ils ne pourraient se plaindre de la constitution d'une nouvelle hypothèque. Les seules personnes qui puissent discuter la validité, ou tout au moins le rang de l'hypothèque, sont celles qui, dans l'intervalle, entre la constitution de l'hypothèque en minorité et sa ratification en majorité, ont acquis sur l'immeuble des droits réels auxquels la ratification porterait atteinte. Ce sont ces tiers que l'article 1338-3° a en vue et auxquels la ratification ne pourra pas être opposée.

Cela résulte, non-seulement de la réserve formelle comprise dans l'article 1338, mais aussi du principe que « *nemo ad alium plus juris transferre potest quam ipse haberet.* » L'ancien incapable, en disposant de sa propriété au profit du deuxième créancier, s'est ainsi mis dans l'impossibilité d'en disposer de nouveau, à l'encontre de ce dernier, soit par une ratification au profit du créancier plus ancien, soit par tout autre acte, au profit d'un créancier postérieur. Il a renoncé à son droit de ratifier l'hypothèque consentie en minorité, dans la

mesure du moins des droits qu'il a valablement conférés sur l'immeuble une fois devenu majeur ¹.

Avant d'en finir avec les incapacités dont la cause révèle une idée de protection, il n'est peut-être pas inutile de signaler une situation particulière, qui n'est pas sans analogie avec celles que nous venons d'examiner. Cette situation a trait à la clause, assez fréquente dans les testaments, par laquelle le testateur déclare insaisissables par les créanciers du légataire, les choses par lui léguées. L'article 581-3° (C. pr.) regarde cette clause comme valable quand il s'agit de meubles ; mais quant aux immeubles, on a dit que cette clause touchant à la constitution même de la propriété, qui est essentiellement d'ordre public, doit être réputée non écrite (art. 900 C. civ.). Sans vouloir discuter ici cette question, et si l'on admet, avec la jurisprudence qui semble dominer, qu'une telle clause est valable, faut-il en conclure que le légataire ne pourra pas hypothéquer les immeubles qui lui ont été ainsi légués ? Une telle solution n'est pas admissible, car, s'il devait résulter de la condition du legs que le légataire serait désormais privé du droit d'user comme moyen de crédit, des immeubles à lui légués, il serait exact de dire qu'une telle condition porte une grave atteinte à la constitution même de la propriété qui est d'ordre public, et que par suite elle doit être réputée non écrite (art. 900). Mais cette condition n'a pas cette portée, et c'est pour cela qu'elle est maintenue par la jurisprudence, qui décide que cette restriction du legs ne peut s'appliquer qu'aux biens dont le testateur avait l'entière faculté de disposer, et être opposée

¹ En faveur de cette opinion : Battur, t. I, p. 196 ; Martou, t. III, n° 979 ; Grenier, t. I, n°s 42 et s.

seulement aux créanciers antérieurs du légataire, mais qu'elle n'atteint pas les personnes qui traiteraient avec lui après l'ouverture de la succession. C'est ainsi qu'il a été jugé ¹, que les créanciers du légataire, dont le titre était antérieur au testament, dans lequel les immeubles avaient été légués sous condition d'insaisissabilité, ne pourraient pas, même en vertu d'un jugement, prendre inscription sur les biens légués.

Nous allons maintenant examiner les incapacités qui constituent une peine ou une déchéance contre celui qu'elles atteignent.

Les condamnés à des peines afflictives et infamantes rentrent dans cette catégorie. Le Code pénal de 1810, frappait de mort civile tous ceux qui étaient condamnés à ces peines, lorsqu'elles étaient perpétuelles. La mort civile ayant été abolie ², cet effet de la condamnation ne se produit plus aujourd'hui, il a été remplacé par la dégradation civique et l'interdiction légale.

Sans vouloir examiner ici, si oui ou non, avant la loi du 31 mai 1854, le mort civilement pouvait hypothéquer les immeubles qu'il avait acquis après sa condamnation, et même en optant pour l'affirmative, il faudrait encore dire qu'il n'en est plus de même aujourd'hui pour le condamné atteint de peines auxquelles la mort civile était accessoirement attachée. La loi du 31 mai 1854 décide, en effet (art. 2), que « les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les articles 28, 29 et 31 du Code pénal. » Or, les effets de l'interdiction légale

¹ C. cass., 10 mars 1852, D., 52, 1, 111.

² Loi du 2-31 mai 1854.

sont les mêmes que ceux de l'interdiction judiciaire, la cause de l'interdiction seule diffère, mais dans les deux cas l'interdiction a pour résultat de retirer à l'interdit toute capacité civile et de lui enlever l'administration de ses biens. Donc l'interdit légal ne pourra pas plus que l'interdit judiciaire conférer une hypothèque sur ses immeubles. Il faut en décider ainsi, non-seulement pour l'interdit frappé d'une condamnation afflictive perpétuelle, mais encore pour celui dont l'interdiction serait la conséquence d'une condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention, ou à la réclusion, seulement l'incapacité de ce dernier n'aura que la durée de la peine et cessera avec elle.

Le failli, du jour du jugement déclaratif de la faillite, se trouve dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens présents et de tous ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite (art. 443 C. civ.). Il ne peut dès lors plus constituer aucune hypothèque au détriment des créanciers de la masse, dans l'intérêt desquels la loi le dessaisit de l'administration de ses biens.

Le dessaisissement frappe les biens du failli, à la différence de l'interdiction qui frappe la personne; le failli peut donc toujours s'obliger valablement, seulement les créanciers nouveaux ne pourront pas se faire payer sur les biens que possédait le failli au jour de la faillite, lesquels sont la garantie des créanciers de la masse, mais ils pourront se faire payer sur ceux que le failli a acquis postérieurement au jugement déclaratif de faillite. La Cour de cassation¹ a, d'ailleurs, reconnu au failli le droit de disposer de ses biens nouveaux, mais à deux con-

¹ C. cass., 12 janvier 1864, D., 67, 1, 130.

ditions : 1° que le failli n'ait pas agi en fraude de la masse; 2° qu'il ait agi avant que le syndic ait déclaré vouloir s'emparer de ces biens.

Quant aux hypothèques constituées avant le jugement déclaratif de faillite, il faut faire des distinctions.

Sont valables et soumises aux règles du droit commun, les hypothèques constituées par le failli dans la période antérieure à la cessation des paiements et aux dix jours qui ont précédé. Mais il n'en est pas de même de celles qui ont été consenties postérieurement.

Pour savoir quel est le sort de l'hypothèque, il faudra se faire représenter l'acte de naissance de la créance et celui de l'hypothèque; si l'on constate que la créance est née la première et que l'hypothèque n'a été consentie que postérieurement, l'hypothèque est nulle de droit lorsqu'elle a été constituée dans la période de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé; car, alors, elle est considérée par la loi comme un cadeau que le failli a fait à son créancier, ce n'est pas la condition de l'opération. Cette solution est consacrée par l'article 446 (C. com.) qui dit : Toute hypothèque pour dette antérieurement contractée est nulle; il veut dire par là toute hypothèque pour dette contractée antérieurement à la constitution de l'hypothèque. La loi romaine prévoyait déjà cette hypothèse et donnait au créancier le droit de faire tomber l'hypothèque constituée postérieurement à la créance en fraude de ses droits ¹.

Si, au contraire, la créance et la constitution d'hypothèque sont concomitantes, l'hypothèque alors n'est

¹ Loi 10, § 13, D., liv. XLII, tit. VII, *Quæ in fraud. credit.*

pas nulle de droit, car ce n'est plus un cadeau fait par le failli à son créancier, il n'y a pas à craindre une collusion entre le créancier et son débiteur, cette hypothèque est bien la condition même du contrat, et elle suivra le sort de la créance; de l'article 447 (C. com.) résulte que cette hypothèque pourra être annulée, si le créancier qui a traité avec le failli a eu connaissance de la cessation de ses paiements. La nullité créée par cet article n'est pas comme celle de l'article 446 une nullité de droit, le juge a un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, en ce qu'il peut toujours ne pas prononcer la nullité, mais il ne peut la prononcer qu'autant que les conditions suivantes se trouvent réunies : « 1° Il faut que l'acte attaqué soit de nature à causer un préjudice à la masse au moment même où il a été fait; 2° il faut que le créancier ait connu la cessation des paiements (art. 447 C. com.)¹; 3° comme on ne peut prétendre qu'une personne connaissait un état de choses qui n'existait pas encore, la nullité ne pourra être prononcée qu'autant que l'hypothèque aura été consentie depuis l'époque de la cessation des paiements (art. 447 C. com.).

Lors même que la constitution d'hypothèque serait concomitante à la naissance de la créance, il y a une hypothèse dans laquelle les tribunaux n'auront pas pouvoir d'appréciation et devront l'annuler, c'est quand elle a été consentie comme garantie d'une donation faite dans la période prévue par l'article 446, car alors la donation est nulle de droit, aux termes de cet article.

¹ La Cour de cassation a décidé que le seul fait que le créancier aurait connu la cessation des paiements ne suffirait pas pour le constituer de mauvaise foi et entraîner nécessairement l'annulation de l'hypothèque. C. cass., 24 décembre 1860, S., 61, 1, 538.

Il faut remarquer que l'incapacité du failli n'est que relative et dans l'intérêt exclusif des créanciers de la masse, il ne pourrait donc pas s'en prévaloir, et demander la nullité des hypothèques qu'il a constituées dans la période suspecte, lorsqu'il a été remis à la tête de ses affaires par un concordat¹. Les ci-devant créanciers de la masse ne le pourraient pas davantage après la dissolution de l'union².

Le débiteur insolvable qui a fait abandon de ses biens à ses créanciers, ne peut pas, a-t-on dit, constituer hypothèque sur les immeubles par lui abandonnés³.

Cela est cependant fort contestable, la cession de biens conventionnelle ne rend pas les créanciers propriétaires des immeubles que leur débiteur leur abandonne, à moins d'une convention spéciale (art. 1267 C. civ.); quant à la cession judiciaire, la loi est formelle, et dit qu'elle n'est pas translatrice de propriété (art. 1269 C. civ.). Donc, dans les deux cas, en principe du moins, le débiteur conserve la propriété de ses biens et par suite le droit de les hypothéquer.

On a cependant prétendu que le débiteur cesse d'être propriétaire, quoique la propriété ne soit pas transmise aux créanciers⁴. Les biens sont vacants, on leur nomme un curateur, dit Tarrible. Il faut répondre que si l'on nomme un curateur aux biens, cela ne prouve pas que le débiteur a cessé d'en être propriétaire; on nomme également un curateur à l'immeuble délaissé par le tiers détenteur, sur la poursuite des créanciers hypothécaires,

¹ Cour d'Aix, 7 août 1856, S., 56, 2, 561.

² C. cass., Req., 2 août 1866, S., 66, 1, 388.

³ P. Pont, t. II, n° 621.

⁴ Merlin, v° *Inscription hypothécaire*, § IV, n° 6.

cependant le tiers détenteur en reste propriétaire. Mais un argument qui peut sembler plus sérieux est tiré de l'idée suivante : Le débiteur, en faisant abandon de ses biens à ses créanciers, leur a donné mandat pour les vendre, ce mandat résulte de la convention passée entre lui et ses créanciers, il est donc irrévocable ; or, ce serait le révoquer que de constituer des hypothèques qui seraient opposables à ces créanciers. Il faut donc dire que les actes de disposition directs ou indirects faits par le débiteur, postérieurement à la cession, ne sont pas opposables aux créanciers cessionnaires.

Il faut répondre que le droit que la cession donne aux créanciers n'est pas un droit réel, attendu qu'ils ne deviennent pas propriétaires des biens cédés. C'est un mandat que le débiteur a donné à ses créanciers dans leur intérêt ; or, le mandat ne donne aux mandataires qu'un droit personnel contre le mandant, il ne leur donne aucun droit dans la chose. Les créanciers n'ayant qu'une action personnelle contre leur débiteur n'ont pas de droit dans les biens abandonnés. Il faut donc leur refuser toute action contre les tiers-acquéreurs ou les créanciers hypothécaires, car les tiers sont étrangers au contrat de cession, qui ne peut pas leur être opposé par les parties¹. Le seul effet de cet abandon serait de rendre inefficace les hypothèques consenties par le débiteur, au profit d'un des créanciers ayant figuré au contrat de cession ; mais il en serait ainsi, non pas à raison de l'incapacité du constituant, mais parce que le fait de se faire donner une hypothèque sur les biens cédés, constituerait, de la part de ce créancier, une violation du contrat auquel il a concouru².

¹ En ce sens, Aubry et Rau, t. III, p. 272, texte et note 38.

² *Id.*, note 39.

Quant au débiteur non commerçant en état de déconfiture, il n'est frappé d'aucune incapacité, il conserve la propriété de ses biens et le droit de les aliéner, il peut donc toujours les hypothéquer¹. Il ne faut pas lui appliquer les dispositions du Code de commerce (art. 443 à 448) relatives à l'incapacité du failli, car ce sont là des dispositions d'exception, qui, comme telles, ne sauraient être étendues au delà des hypothèses en vue desquelles elles ont été créées².

La capacité d'hypothéquer est donc, en règle générale, corrélatrice à la capacité d'aliéner. Il y a cependant un certain nombre d'exceptions, qu'il faut signaler, avant d'abandonner l'examen des questions de capacité.

Une première exception se trouve dans l'article 6 (C. com.), d'après lequel les mineurs émancipés autorisés à faire le commerce, conformément à l'article 2 (*eod.*), peuvent hypothéquer seuls leurs immeubles, tandis qu'ils ne peuvent les aliéner qu'en suivant les formalités prescrites par le Code civil (art. 457 et s.). On a pensé que, s'il était utile de protéger le mineur contre des aliénations irréfléchies de sa fortune immobilière, il fallait cependant, si on l'autorisait à faire le commerce, lui fournir des moyens de crédit plus étendus, et ne pas l'entraver par des formalités très longues et très coûteuses.

Une deuxième exception résulte de l'article 686 (C. pr.), d'après lequel, après la transcription de la saisie, l'aliénation des immeubles saisis n'est plus possible. « La partie saisie, dit cet article, ne peut, à compter

¹ Bordeaux, 17 août 1848, S., 49, 2, 46.

² Loaré, *Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 2.

du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Il faut cependant décider que le saisi peut encore hypothéquer l'immeuble saisi¹. Sous le Code de procédure de 1806, cette question était l'objet de nombreuses controverses. Les auteurs qui déniaient alors au saisi le droit d'hypothéquer², s'appuyaient sur la défense d'aliéner écrite dans l'article 692 (C. pr.) qui a été remplacé par l'article 686³ et était conçu dans les mêmes termes que ce dernier, sauf qu'à la place de la transcription dont parle l'article 686, il était question de la dénonciation de la saisie au débiteur. Mais, un incident qui se produisit, lors du vote de l'article 686 (C. pr.), dans la loi du 2 juin 1841, est venu trancher en quelque sorte législativement la question. Une proposition fut faite alors, ayant pour but d'assimiler, au cas de saisie immobilière, l'hypothèque à l'aliénation, et de les interdire l'une comme l'autre au saisi. Cette proposition fut rejetée et c'est ainsi que fut consacrée l'interprétation favorable à la validité de la constitution de l'hypothèque par le saisi⁴.

Cette différence, entre l'aliénation et l'hypothèque de l'objet saisi, se justifie d'ailleurs par les considérations suivantes. Si l'on validait l'aliénation postérieure à la saisie, on porterait une très grave atteinte au droit des créanciers saisissants. En effet, si le saisissant n'était que créancier chirographaire, l'aliénation consentie par le saisi anéantirait tous ses droits. Or, on ne veut pas que

¹ Grenier, *Hyp.*, t. I, n. 111.

² Merlin, *Rep.*, v^o *Saisie immobilière*, § 6, art. 1, n^o 14.

³ Loi du 2 juin 1841.

⁴ Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, p. 131 et s.

le créancier chirographaire puisse ainsi voir son droit anéanti, alors qu'il a fait, pour le conserver, tout ce qui était en son pouvoir. Dans l'hypothèse où le créancier saisissant serait un créancier hypothécaire, il y aurait encore pour lui inconvénient grave à voir maintenir l'effet de l'aliénation consentie par le saisi, car se trouvant en présence d'un tiers-acquéreur, il lui faudrait, après avoir saisi, recommencer une nouvelle procédure, selon les règles imposées quand un créancier agit contre un tiers-détenteur.

A la différence de l'aliénation, l'hypothèque consentie par le saisi n'entrave pas la marche de la saisie; elle ne peut nuire en rien à l'adjudicataire, car, l'adjudication qui va intervenir, entraînera purge de toutes les hypothèques inscrites sur l'immeuble, les créanciers n'ayant plus de droit que sur le prix. Elle ne nuit pas davantage aux créanciers hypothécaires, car, s'ils ont pratiqué une saisie, avant la constitution de l'hypothèque par le saisi, c'est que leur droit existait déjà à l'époque de la saisie; or, ils n'ont rien à redouter des créanciers hypothécaires qui leur sont postérieurs en date. Il est vrai qu'il y a certains ayants-cause du saisi qui peuvent souffrir beaucoup de cette hypothèque, ce sont les créanciers chirographaires, qui vont se trouver primés par ces créanciers hypothécaires dont le droit est né postérieurement à la saisie. Quant à eux, il y aurait avantage manifeste à décider que la prohibition d'aliéner emporte prohibition d'hypothéquer. Mais il faut bien remarquer que les créanciers chirographaires sont ici sans aucune espèce de droit. Si la saisie a été pratiquée par les créanciers hypothécaires, les créanciers chirographaires sont restés étrangers à la saisie, elle n'a donc pu améliorer leur situation

et empêcher désormais leur débiteur d'aliéner ses immeubles. Si ce sont les créanciers chirographaires eux-mêmes qui ont fait saisir, ils sont encore sans droits à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs à la transcription de cette saisie; ils ne peuvent pas se plaindre, car ils doivent savoir que la saisie ne leur confère aucun droit nouveau, aucun droit de préférence, et que c'est une condition inhérente à leur état de créanciers chirographaires, de craindre, tant qu'ils ne sont pas payés, la constitution de nouvelles hypothèques qui les primeront.

La loi Belge¹ s'exprime sur cette question d'une façon très nette, mais contraire à l'opinion admise en France. L'article 27 de cette loi est ainsi conçu : « Le débiteur ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, ou du commandement, aliéner ni hypothéquer les immeubles saisis, ou indiqués au commandement, à peine de nullité et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer². »

On signale quelquefois une troisième exception, qui s'appliquerait au mari dans deux hypothèses d'ameublement des immeubles de la femme. L'article 1507, § 3 (C. civ.), qui prévoit le cas d'un ameublement déterminé jusqu'à concurrence d'une certaine somme, est ainsi conçu : « Si l'immeuble n'est ameubli que pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de la femme; mais il peut l'*hypothéquer sans son consentement*, jusqu'à concurrence seulement de la portion ameublie. » L'article 1508, § 2 (C. civ.), contient une

¹ Loi du 15 août 1854, sur l'expropriation forcée.

² V. *Commentaire de la loi de 1854*, par M. Waelbroeck, t. II, p. 270, n^{os} 13-16.

disposition analogue au cas d'ameublement indéterminé.

Cette troisième exception est plus apparente que réelle, car, ce qui manque au mari, chef de la communauté, c'est le pouvoir et non la capacité d'aliéner : s'il ne peut aliéner ces immeubles ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme, c'est que la femme ne lui en a pas donné le pouvoir dans le contrat de mariage. La disposition contenue dans les articles 1507, § 3, et 1508, § 2, ne constitue donc pas, à proprement parler, une dérogation au principe, car la question n'est pas de savoir si le mari est capable d'aliéner, mais seulement s'il en a le pouvoir.

A l'inverse, il peut arriver qu'une personne qui peut définitivement aliéner, ne puisse cependant conférer qu'une hypothèque résoluble. Il en est ainsi en matière de rapport. En principe, l'héritier donataire doit le rapport en nature du bien qui lui a été donné, lequel se réunit à la masse de la succession franc et quitte de toutes charges créées par le donataire (art. 865 C. civ.). Les hypothèques conférées par le donataire disparaissent alors avec son droit. Ce n'est là qu'une application des principes généraux : le bien donné n'est entré dans le patrimoine du donataire que grevé de la condition du rapport, laquelle se réalisant, agit à l'égard de tous. Mais le législateur fait une brèche considérable à ces principes, en déclarant que le rapport se fera en moins prenant, lorsque le donataire aura aliéné le bien soumis au rapport (art. 859 et 860 C. civ.). L'aliénation, par l'héritier donataire, d'un immeuble qu'il est tenu plus tard de rapporter, reste donc définitive, à la différence de l'hypothèque par lui consentie sur cet immeuble, car le Code ne fait exception à la règle générale qu'au cas d'aliénation.

Cette solution, un peu étrange au premier abord, est au fond parfaitement justifiable. On comprend très bien que l'on n'ait pas voulu mettre hors du commerce, les biens si nombreux qui sont susceptibles d'être rapportés, et voilà pourquoi on a permis de les aliéner; l'hypothèque, au contraire, est une entrave à la libre circulation des biens, cela explique que le législateur ne la permette pas ici aussi facilement que l'aliénation; on peut ajouter que, quant à l'hypothèque de ces biens, on ne pouvait pas la confirmer, parce qu'il aurait été impossible d'en apprécier la valeur: il y aurait eu, en un mot, des difficultés considérables pour faire le partage.

Le sort de cette hypothèque dépendra du résultat du partage, aussi le législateur donne-t-il au créancier hypothécaire le droit d'y intervenir, afin d'éviter qu'il ne soit fait en fraude de ses droits (art. 865 et 882 C. civ.). Il veillera à ce que le rapport se fasse en moins prenant, quand il y a lieu, car alors, les droits réels nés du chef, du donataire, sur les biens donnés subsisteront (art. 865 *a contrario*). Il veillera aussi à ce que, au cas de rapport en nature, les héritiers ne s'entendent pas, pour faire passer le bien rapporté dans le lot d'un cohéritier, autre que le donataire, et le soustraire ainsi (art. 883) à l'hypothèque qui lui aurait été conférée par ce dernier.

Après avoir examiné les différentes personnes incapables d'aliéner, et par suite d'hypothéquer, et les exceptions à cette règle, il faut voir quelle est l'étendue des pouvoirs des administrateurs, qui peuvent, selon certaines conditions exigées par la loi, conférer des hypothèques valables sur les immeubles qui leur sont confiés.

C'est à tort que l'on voudrait voir là une exception à la règle, que pour hypothéquer il faut être propriétaire, car

les différents actes que font ces administrateurs, sont censés être consentis par la personne qu'ils représentent. Lorsque l'on cherche si ces administrateurs peuvent constituer hypothèque, ce n'est donc pas la question de savoir s'ils sont ou non propriétaires, qui se pose, mais une question de pouvoir, et l'on se demande dans quelle mesure la loi ou la convention leur donne le pouvoir d'hypothéquer.

Quant aux administrateurs conventionnels, ils ne peuvent, ainsi que cela a déjà été expliqué au chapitre premier¹, constituer hypothèque qu'autant qu'ils ont reçu, à cet effet, un mandat par acte notarié.

Quant aux administrateurs légaux, ils peuvent au contraire en principe hypothéquer, sauf l'accomplissement des formalités et conditions exigées par la loi, selon certaines distinctions qui feront l'objet des explications qui vont suivre.

Pour le mari, il faut distinguer suivant le régime matrimonial adopté.

Marié sous le régime de la communauté, le mari a une double administration, celle des biens communs et celle des biens de la femme. La première résulte de la qualité de chef de la communauté et la deuxième de la puissance maritale. Il en résulte une différence sensible dans les pouvoirs du mari; s'agit-il des immeubles communs, il peut les hypothéquer seul (art. 1421 C. civ.); si au contraire il s'agit des immeubles personnels à la femme, il ne peut les hypothéquer qu'avec le consentement de cette dernière (art. 1428-3°), sauf les dispositions des articles 1507-3° et 1508-2°, précédemment examinées².

¹ V. *suprà*, p. 123 et s.,

² V. *suprà*, p. 273 et 274.

En examinant l'étendue de l'incapacité de la femme, il a déjà été dit dans quelles limites le mari pouvait, suivant le régime matrimonial adopté, autoriser cette dernière à hypothéquer ses immeubles, il est donc inutile de traiter ici plus longuement de l'étendue des pouvoirs du mari relativement à l'hypothèque des biens de la femme.

Il faut ensuite examiner, quel est, au point de vue de l'hypothèque, l'étendue des pouvoirs des tuteurs des mineurs et interdits, et des envoyés en possession provisoire des biens de l'absent.

L'article 2126 semble les mettre tous sur la même ligne, il est ainsi conçu : « Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements. » Les formalités prescrites pour hypothéquer les biens des mineurs et des interdits, sont inscrites dans les articles 457, 458 et 509 C. civ. Pour les envoyés en possession provisoire, il n'y a rien de semblable; l'article 128 C. civ., le seul qui leur soit applicable (en dehors de l'article 2126), leur refuse le droit d'hypothéquer : « Tous ceux, dit-il, qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. » Ainsi donc, pour l'hypothèque des biens des absents, le Code n'a pas établi de formalités protectrices analogues à celles qui protègent les mineurs et les interdits. Mais comment expliquer alors l'article 2126, qui semble mettre les envoyés en possession provisoire des biens des absents, sur le même pied que les tuteurs des mineurs et interdits? En un mot, quelles sont les formalités qui devront être rem-

plies par l'envoyé en possession provisoire, pour hypothéquer les biens de l'absent?

Puisque l'article 128 n'en prescrit aucune, c'est donc dans l'article 2126 qu'il faut aller les chercher, car il n'y a pas d'autre article qui s'occupe de la question. Or, si on lit attentivement cet article, on y trouve la solution cherchée, on y voit, en effet, que les biens des personnes dont il fait l'énumération, ne peuvent être hypothéqués « que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements. » La première interprétation qui viendrait à l'esprit, consisterait à appliquer toute cette partie de l'article aux mineurs et interdits et aux absents; ce qui serait conforme aux règles de la grammaire, mais non à celles du droit. En effet, ce que les rédacteurs du Code ont voulu faire, ce qui était évidemment dans leur esprit, c'était de distinguer deux catégories de personnes : d'une part, les mineurs et interdits, et d'autre part, les absents. Pour les premiers, il y a des formalités établies ailleurs et auxquelles ils renvoient; pour les seconds, ces formalités sont remplacées par les jugements. Leur seul tort a été de n'avoir pas fait plus nettement cette distinction, dans la phrase dont ils se sont servis. Ce qui prouve bien que tel est le sens de l'article 2126, c'est que l'hypothèque accordée en vertu de jugements dont parle cet article, ne peut concerner que les envoyés en possession provisoire, elle ne se comprendrait pas s'il s'agissait des mineurs et interdits, car il n'y a pas sur leurs biens d'hypothèque de ce genre, la loi exige quelque chose de plus qu'un jugement, ainsi qu'il sera dit plus loin. Pour faire à ces personnes l'application de ces mots, « ou en vertu de jugements, » il faudrait les entendre de l'hypothèse judiciaire, ce qui

est impossible, attendu que ce sujet a été épuisé dans la section précédente et que la section III est consacrée aux hypothèques conventionnelles ¹.

C'est, du reste, par application de cette interprétation, universellement admise aujourd'hui, que l'on avait modifié en la forme l'article 2126 dans les projets de réforme hypothécaire de 1851. Ainsi le projet, soumis à la deuxième délibération, contenait (art. 2118) une rédaction semblable à celle de l'article 2126 actuel; mais, pour bien préciser le sens et la portée de cet article, on proposa de dire dans l'article 2115 du projet préparé pour la troisième délibération. « Les biens des mineurs et des interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi. Ceux des absents, tant que la possession n'en est déferée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués qu'en vertu d'autorisation judiciaire. »

Les conditions auxquelles les biens de ces différentes personnes pourront être hypothéqués peuvent se résumer ainsi :

Les tuteurs et curateurs des mineurs et interdits ne pourront hypothéquer les biens de ces derniers qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 457 C. civ.), laquelle « ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident » (*id.*). Dans le premier cas, le tuteur devra présenter un compte sommaire pour prouver l'insuffisance des deniers du mineur. Dans tous les cas, le conseil indiquera les immeu-

¹ Telle est cependant l'opinion soutenue par M. Troplong, qui en tire la conséquence, logique d'ailleurs, que l'envoyé en possession provisoire ne peut jamais hypothéquer les biens de l'absent (art. 128, C. civ.). V. Troplong, *Hyp.*, t. II, n^{os} 481 et 486.

bles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles (art. 457). De la fin de cet article il faut conclure que le conseil de famille indiquera également les immeubles qui pourront être hypothéqués. Il faudra, de plus, l'homologation des décisions du conseil de famille, par le tribunal de première instance, réuni en Chambre du conseil et statuant après avoir entendu le procureur de la République (art. 458 C. civ.). Ce sont là les causes et les formes dont l'article 2126 veut parler.

Quant à l'envoyé en possession provisoire, un jugement lui suffira. Le tribunal aura plein pouvoir d'appréciation à ce sujet, sans doute, il consultera l'intérêt de l'absent, et en fait, du moins, se conformera le plus souvent à l'article 457 en tant qu'il exige nécessité absolue ou avantage évident, mais il ne sera jamais lié par cette disposition de la loi.

Quant à l'envoyé en possession définitive, sa situation est bien facile à établir, d'une part, aucun texte ne lui interdit la faculté d'hypothéquer les biens de l'absent, et, d'autre part, l'article 132 (C. civ.) lui reconnaît incontestablement ce droit, en obligeant l'absent de retour à reprendre ses biens « *dans l'état où ils se trouveront* » le jour où son existence sera prouvée.

La loi Belge du 16 décembre 1831 a heureusement modifié (art. 75) l'article 2126 : elle l'a rendu plus clair en le divisant en deux alinéas et l'a modifié non-seulement dans la forme, mais aussi dans le fond, par l'assimilation des biens des absents, pendant la période d'envoi en possession provisoire, à ceux des mineurs et interdits.

Cet article 75 est ainsi conçu :

« Les biens des mineurs et des interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les clauses et dans les formes établies par la loi.

« L'hypothèque des biens des absents, tant que la possession n'en est déferée que provisoirement, est soumise aux formalités prescrites pour les mineurs et les interdits. »

La question de savoir si l'envoyé en possession provisoire peut hypothéquer les biens de l'absent, se pose d'une façon particulière au cas où l'un des époux communs en biens vient à disparaître.

Si l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, il pourra ainsi « empêcher l'envoi provisoire, et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent (art. 124). » Faut-il en conclure qu'il pourra seul hypothéquer ces biens? Il faut distinguer suivant que c'est la femme ou le mari qui a disparu.

Si c'est la femme qui est absente, et s'il s'agit des biens de la communauté, le mari conservant sur eux tous les droits qu'il avait avant la disparition de la femme, continue à pouvoir les hypothéquer seul (art. 1421 C. civ.). Mais s'il s'agissait des biens personnels de la femme, le mari serait soumis aux conditions ordinaires imposées aux envoyés en possession provisoire (art. 128 et 2126), car ces biens sont véritablement ceux d'une personne absente.

Est-ce le mari qui a disparu, la femme, optant pour la continuation de la communauté, prend l'administration des biens qui la composent, mais elle n'acquiert pas avec cette administration les pouvoirs étendus qui appartiennent au mari, simple mandataire de celui-ci, elle est alors placée dans les mêmes conditions que les envoyés en pos-

session provisoire; cela se justifie d'autant mieux que le mari, jusqu'à la dissolution de la communauté, est regardé comme propriétaire des immeubles communs, ce qui, s'il ne revient pas et si son absence est déclarée, en fait de véritables biens d'un absent.

Lorsque l'époux présent demande la dissolution provisoire de la communauté, la question se présente sous une autre face.

Si c'est le mari qui est présent, il a alors pleins pouvoirs sur les biens qui lui sont attribués comme sa part de communauté, et quels que soient les événements ultérieurs, l'hypothèque par lui constituée sera aussi valable que s'il était resté administrateur de la communauté.

Si c'est la femme qui est présente, elle ne peut hypothéquer sa part dans les immeubles communs, qu'en remplissant les formalités exigées par la loi pour les envoyés en possession provisoire (art. 2126); car jusqu'à l'envoi en possession définitif, la position de la femme n'est autre que celle d'un envoyé en possession provisoire ordinaire.

Mais, le mari comme la femme, devra se faire autoriser par jugement, pour hypothéquer les biens, qu'à la suite de la dissolution provisoire de la communauté, il aura recueillis, en vertu de libéralités du conjoint absent, ou de gains de survie stipulés dans le contrat de mariage. Car, de ce chef, le conjoint présent n'a de droits qu'autant que son conjoint est décédé, il n'est saisi que provisoirement des biens qui doivent ainsi lui advenir, il faut donc le considérer (art. 125 C. civ.), de même que l'envoyé en possession provisoire, comme un simple dépositaire, assujetti à l'obligation éventuelle de rendre compte de sa gestion, si l'époux absent revient ou donne de ses nouvelles.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

Les parties, en insérant la *lex commissoria* dans la vente, pouvaient à leur gré lui faire produire l'effet d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire.

L'acheteur qui n'a pas payé à temps, ne peut se soustraire à la *lex commissoria* en offrant ultérieurement le prix.

Lorsque le vendeur avait refusé le prix, l'acheteur qui l'avait offert n'était pas obligé de le consigner, pour éviter d'encourir la *lex commissoria*.

Le retour de la propriété au vendeur, ne fut pleinement admis, comme s'opérant de plein droit, qu'à partir de Justinien.

Ce retour, même s'effectuant de plein droit, s'opérait sans effet rétroactif.

Dans les cas où la *lex commissoria* était encourue, le vendeur gardait les arrhes, mais devait restituer les à-compte.

DROIT CIVIL.

La constitution d'hypothèque est un véritable contrat qui ne peut se former que par le concours des volontés du constituant et du créancier.

La procuration, à l'effet de constituer une hypothèque sur un immeuble, doit être donnée par acte notarié.

L'hypothèque conventionnelle prend naissance indépendamment de l'inscription, et il peut être utile d'avoir une hypothèque conventionnelle non inscrite.

On ne peut pas hypothéquer ses biens à venir quand on n'a pas de biens présents.

Le débiteur ne peut pas, pour conserver le bénéfice du terme, contraindre le créancier hypothécaire dont la créance n'est pas encore exigible, à accepter une nouvelle hypothèque, lorsque l'immeuble hypothéqué est exproprié pour cause d'utilité publique.

L'hypothèque constituée *a non domino* est nulle, et elle ne serait pas validée *ex post facto*, par le fait que le constituant serait ensuite devenu propriétaire de l'immeuble hypothéqué.

Le vendeur à réméré peut, même avant l'exercice de son droit de réméré, constituer une hypothèque sur l'immeuble vendu.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

La réunion de l'Assemblée nationale ne fait pas disparaître, pendant sa durée, l'existence ni les attributions distinctes des deux Chambres.

L'article 5-2° de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, disant que, en cas de dissolution de la Chambre des députés, « les collèges électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois, » doit être interprété en ce sens que le pouvoir exécutif doit non pas se contenter de faire paraître le décret de convocation dans les trois mois, à dater du décret de disso-

lution, mais qu'il doit convoquer les collèges électoraux pour procéder à de nouvelles élections dans ce délai.

DROIT PÉNAL.

Quand un crime a été commis par un étranger sur le territoire français, les tribunaux français n'ont pas à tenir compte du jugement rendu contre lui à l'étranger.

La cour d'assises peut accorder des circonstances atténuantes à un contumax.

L'option d'une personne lésée entre la juridiction civile et la juridiction répressive est irrévocable, même quand elle a opté d'abord pour le tribunal répressif.

DROIT INTERNATIONAL.

Les agents diplomatiques jouissent toujours de l'exemption de juridiction civile et criminelle locale, même pour les actes qui ne sont pas relatifs à leurs fonctions.

Un tribunal français, pour apprécier une convention d'intérêts, doit seulement tenir compte de la loi du pays dans lequel l'argent doit être employé.

Le Président de la thèse,

LYON-CAEN.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE LA LEX COMMISSORIA DANS LA VENTE.

	Pages.
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE I.	
Définition et caractères généraux de la <i>lex commissoria</i> .	23
CHAPITRE II.	
Conditions nécessaires à l'accomplissement de la <i>lex commissoria</i> .	
SECTION I. Il faut que l'acheteur n'ait pas entièrement payé son prix.....	39
§ I. Un terme a été fixé pour l'accomplissement de la <i>lex commissoria</i>	40
§ II. Aucun terme n'a été fixé pour l'accomplissement de la <i>lex commissoria</i>	42
SECTION II. Il faut que le vendeur veuille invoquer la <i>lex commissoria</i>	47
CHAPITRE III.	
Inaccomplissement de la <i>lex commissoria</i> .	49
CHAPITRE IV.	
Des effets de la <i>lex commissoria</i> ajoutée à la vente.	54
SECTION I. <i>Pendente et deficiente conditione</i>	54

	Pages.
SECTION II. <i>Eveniente conditione</i>	56
§ I. Actions données au vendeur pour arriver à l'exécution de la <i>lex commissoria</i> accomplie.....	57
§ II. Droits et obligations que fait naître l'accomplissement de la <i>lex commissoria</i>	82
1° Obligations de l'acheteur.	82
2° Obligations du vendeur.	86
3° Effets de la <i>lex commissoria</i> à l'égard des tiers.....	92

DROIT FRANÇAIS.

DE LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE CONVEN- TIONNELLE SUR LES IMMEUBLES.

INTRODUCTION.	97
--------------------	----

CHAPITRE I.

De la forme et du caractère de la constitution d'hypothèque.	113
--	-----

CHAPITRE II.

Énonciations qui doivent être contenues dans l'acte constitutif de l'hypothèque.	141
SECTION I. Spécialité quant aux biens hypothéqués.....	147
SECTION II. Spécialité quant à la créance garantie par l'hypo- thèque.	179

CHAPITRE III.

Des personnes qui peuvent constituer hypothèque.	190
SECTION I. Le constituant doit être propriétaire.	191
SECTION II. Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner... ..	232

